

SOVRANITÀ E RAPPRESENTANZA
GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
E NUOVE FORME
DI PARTECIPAZIONE POLITICA

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

Editoriale Scientifica

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze politiche e sociali
dell'Università degli Studi di Catania.

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2018
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-9391-423-9

INDICE

Presentazione	VII
Nota dei curatori	XI

PARTE I: GIUSTIZIA COSTITUZIONALE, SOVRANITÀ E RAPPRESENTANZA

Ruolo delle Corti costituzionali e decisioni politiche: un rapporto sempre problematico tra esigenze della rappresentanza e superiorità dei principi, <i>Giuseppe Laneve</i>	3
The Right to Free Elections and the European Court of Human Rights as a Guardian of the European Democratic Regimes, <i>Letizia Seminara</i>	29
Da Sark a Mosca: La Corte EDU quale nuova istanza contro-maggioritaria, <i>Ignazio Spadaro</i>	47
Sovranità statale in materia penale e Cedu. Il ruolo della Corte costituzionale italiana, <i>Giuliana Costanzo</i>	71
La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte Costituzionale, <i>Silvia Romboli</i>	87
Rappresentanza statale e tensioni intergovernative nella recente riforma della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, <i>Giacomo Dalla Valentina</i>	109
El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a la soberanía estatal, <i>Karen Giovanna Añaños Bedriñana</i>	121

PARTE II: NUOVE FORME DI PARTECIPAZIONE POLITICA

La crisis de la soberanía y de la representación a nivel estatal: las nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo y tecnocracia, <i>Luis Miguel González de la Garza</i>	137
Le dinamiche della rappresentanza politica tra interesse generale, pluralismi e particolarismi, <i>Luca Buscema</i>	155

Los instrumentos participativos como propuesta de solución a la desafección ciudadana en las Instituciones públicas y sus representantes políticos, <i>M^a Olaya Godoy Vázquez</i>	165
Cauces informales de participación política: el caso de la “Brigada tuitera” y la batalla contra las tasas judiciales, <i>Fernando Pérez Domínguez</i>	187
La respuesta de la ciudadanía a la crisis de representación. Las agrupaciones de electores como forma de participación frente a la hegemonía de los partidos políticos, <i>Marta León Alonso</i>	205
Quale legge per l’“attuazione” dell’art. 49 della Costituzione?, <i>Gianluca Marolda</i>	221
Democrazia, populismo e tecnocrazia: il ruolo di (dis)equilibrio del referendum popolare, <i>Mimma Rospì</i>	239
Populismo, tecnocrazia e la globalizzazione delle informazioni: influenza dei social network sull’opinione pubblica nelle consultazioni elettorali, <i>Elena Falletti</i>	259
Gli open data come presupposto della partecipazione nella governance globale, <i>Maria Francesca De Tullio</i>	271
“Tra vecchio e nuovo”: costituzionalismo ottocentesco e modelli di tutela dei diritti fondamentali nella società dell’informazione, <i>Vincenzo Telaro</i>	291
La rappresentanza ibrida. Meccanismi di partecipazione degli stranieri nei partiti politici italiani e in una prospettiva comparata, <i>Claudio di Maio</i>	305
Actores privados, principios y actividades de impacto regulatorio: la evolución del Derecho Administrativo «más allá del Estado», <i>Francisco García-Garrido</i>	315
Politiche del lavoro e del welfare: una possibile soluzione alla crisi di rappresentanza in Europa, <i>Antonino Imbesi</i>	333
Rappresentanza, rappresentatività e funzione normativa delle autonomie sociali, <i>Chiara Gagliano</i>	349

PRESENTAZIONE

Tommaso Edoardo Frosini

In numerose democrazie contemporanee, Italia e Spagna incluse, assistiamo a una crisi della rappresentanza politica. 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 governare. E quindi quale formula elettorale e di governo adottare per non comprimere la rappresentanza ma nel contempo valorizzare la governabilità. 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 costituzionali. 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.

Ancora: è in crisi altresì il concetto di sovranità, perché ritenuto principio ridicibile a potente arbitrio, nemico del diritto: si ritiene che esista solo il costituzionalismo dei diritti, in grado di purificare la politica normativizzandola. L'invocazione del concetto di sovranità, e la sua crisi, evoca il tema della globalizzazione. Da tempo si scrive e si legge sulla sovranità in declino, addirittura erosa dalla sovranazionalità, ovvero frantumata dalla globalizzazione. Si assiste, pertanto, alla sottoposizione a torsione di un concetto secolare, quale quello di sovranità, verso rappresentazioni di nuovi poteri sovrani, che non sono ancora meglio definiti ma che vengono collocati al di fuori del singolo territorio statale. Nella convinzione che è in atto una dislocazione di alcune componenti della sovranità statale presso altre istituzioni, dalle entità sovranazionali fino al mercato dei capitali globali. Il declino della sovranità lo si in-

dividua altresì nella crisi economica e finanziaria degli Stati, ovvero nello smarrirsi del controllo e gestione del proprio bilancio pubblico. Pertanto, si invoca una già realizzata sovranità dell'Unione europea, con la relativa perdita di capacità di decisione da parte degli Stati membri; e la si legittima in forza dei Trattati, che hanno soppresso le monete locali a favore di una moneta unica europea, ovvero che hanno creato la figura (e lo *status*) del cittadino europeo, con i suoi diritti fondamentali e le garanzie giurisdizionali. E invece assistiamo, e non da ora, a una crisi economica e costituzionale dell'Unione europea. La crisi dell'Unione europea è un derivato della crisi della democrazia, e quindi anche della rappresentanza. Mi spiego: si imputa a una mancanza di democrazia, il noto *deficit* di cui si parla da anni, l'incapacità dell'Unione europea di assurgere a ordinamento costituzionale fondato soprattutto e innanzitutto sulla rappresentanza e responsabilità politica anziché sulla tecnocrazia, che risulta essere priva di legittimità e controllo democratico. Allora, di fronte all'alternativa che viviamo tra forme di ripiegamento nazionale con sempre più diffuse torsioni populiste e lo *status quo* delle politiche economiche europee, che impongono sempre maggiori forme di penalizzazione con ricadute in termini di accentuazione delle diseguaglianze, sembrerebbe che la parola d'ordine sia *democratizzare l'Europa*, anche al fine di promuovere e tutelare la giustizia sociale e fiscale. Sullo sfondo, però, c'è la globalizzazione intesa come "deterritorializzazione", e quindi eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità. Si è sostenuto che la globalizzazione fosse contro la democrazia e si è scritto anche di una miseria del costituzionalismo globale. Senza tenere in debito conto che non vi è una globalizzazione ma piuttosto globalizzazioni diverse, che si esprimono, per così dire, sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione. E che si manifestano attraverso forme di transizioni costituzionali e consolidamento democratico, dovendosi misurare con una doppia sfida: la risoluzione dei problemi dello sviluppo, la modernizzazione della propria struttura istituzionale e le questioni poste dalla globalizzazione e dalla internazionalizzazione.

Di rappresentanza, sovranità e globalizzazione, qui appena accennati, discutono questi due libri, che sono il frutto dei *papers* presentati al terzo Convegno italo-spagnolo, stavolta tenutosi in Italia, nella splendida cornice della città di Catania. Il lettore troverà tante declinazioni del tema del Convegno e potrà scegliere su quale orientarsi. Con la certezza di trovare sempre spunti interessanti meritevoli di riflessione. Specialmente nel paradigma del diritto pubblico comparato, che si manifesta in un chiaro confronto – deducibile sulla base metodologica delle consonanze e dissonanze – tra la vicenda costituzionale italiana e quella spagnola. È noto come il costituente spagnolo attinse anche dalla Costituzione italiana (oltretutto dal GG tedesco), perché ritenuta

un buon modello al quale ispirarsi. Quest'anno, ovvero nel 2018, si celebrano i settanta anni della costituzione italiana e i quaranta della costituzione spagnola, due bei traguardi che non consentono però di considerarci appagati. L'obiettivo è che si provi a dare una nuova forza propulsiva al costituzionalismo che si è manifestato nei due Paesi e che li ha condotti verso una dimensione di democrazia liberale. Oggi il pericolo che avanza sta nei populismi, che minano sempre più le categorie e gli istituti a fondamento del costituzionalismo, come quelli oggetto di analisi in questi volumi. Quello che si riteneva comunque un sistema di governo immutabile sembra sul punto di andare a pezzi per essere sostituito da un sistema, meglio un metodo di governo, che vuole demolire l'idea di costituzione e costituzionalismo come tramandataci dalla storia. C'è da chiedersi, allora, se siamo stati capaci di conservare le fondamenta della democrazia liberale, se tutto nasce dalla nostra incapacità di gestire in coppia diritti individuali e volontà popolare. Se abbiamo dissipato un patrimonio di regole e consuetudini improntate sulla fiducia e sul buon governo. Un piccolo ma importante contributo di valorizzazione del costituzionalismo, può consistere nella necessità di promuovere anche una migliore istruzione pubblica e privata e un rafforzamento della cultura e della scienza nel senso di un patriottismo costituzionale. Per combattere così l'ignoranza, che è il terreno di coltura dei populismi.

Nota dei curatori

Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione

Secondo una ricostruzione assai accreditata tra gli studiosi di diritto pubblico, la nascita della rappresentanza politica moderna è indissolubilmente legata al successo delle grandi rivoluzioni liberali che, tra la fine del XVII e la fine del XVIII secolo, travolsero i vecchi regimi e affermarono inedite formule di organizzazione istituzionale. Una simile lettura ha certamente un importantissimo merito: legando la rappresentanza ad un momento storico centrale per la storia costituzionale, essa individua in maniera corretta la fase in cui si assiste alle prime concrete realizzazioni giuridiche dell'idea in questione. Tuttavia, in tempi più recenti, la dottrina specialistica ha messo in risalto come un simile approccio, pur individuando il momento della sua introduzione all'interno degli ordini giuridici di tradizione occidentale, esso finisce con l'occultare la reale origine concettuale del principio rappresentativo. Infatti, come è stato messo in luce, la genesi del concetto andrebbe retrodata ad un'epoca antecedente all'affermazione del liberalismo e, per quanto ciò possa apparire paradossale, dovrebbe essere ricercata tra le pagine del Leviatano di Thomas Hobbes.

Si tratta di una precisazione che, per quanto non si propone apertamente di sovvertire la lettura tradizionale, non è certo banale e che, al contrario, è ricca di implicazioni per gli studi di ispirazione giuspubblicistica, poiché rimette in discussione il rapporto che lega la rappresentanza con la sovranità e con il costituzionalismo e quindi costringe a ritornare a riflettere su alcuni pilastri ancora oggi centrali per la scienza costituzionale. Senza volersi avventurare in complesse analisi che travalicano gli scopi di queste brevi note introduttive, basti per il momento pensare alle profondissime implicazioni che un simile approccio può avere su consolidate visioni della democrazia costituzionale: riconoscendo che, contrariamente a quanto si potrebbe essere indotti a pensare focalizzandosi sul piano delle concrete realizzazioni dell'età liberale, il principio rappresentativo è precedente rispetto all'elaborazione delle dottrine del costituzionalismo ed è intimamente connessa all'idea hobbesiana di potere sovrano, si potrebbe addirittura arrivare a mettere in discussione l'equazione troppo spesso acriticamente accettata che porta ad identificare l'assolutizzazione della rappresentanza e la democraticità dei sistemi politici.

Se quanto appena detto è vero, una nuova riflessione sul rapporto tra rap-

presentanza, sovranità e costituzionalismo diventa una necessità non procrastinabile. Ciò è ancora più vero in un contesto in cui l'osservazione comparata delle dinamiche della globalizzazione attualmente mostra un significativo indebolimento del costituzionalismo: per un verso, si osservano processi sociali sospinti da dinamiche economiche poco attente alle esigenze delle persone; per un altro, nel tentativo di reagire a chiari abusi del potere economico, si assiste a processi politici che enfatizzano risultati elettorali contingenti e contestano la stessa idea di limitazione del potere. In uno scenario in cui la decostituzionalizzazione degli stati nazionali non è stata adeguatamente compensata da una costituzionalizzazione del quadro istituzionale sovranazionale, infatti, ci sono rischi altissimi: se nel quadro del costituzionalismo maturo del secondo dopoguerra è stato possibile importare idee di origine assolutistica senza che queste determinassero gli sconquassi di un doloroso passato, la debolezza costituzionale che connota il mondo globale porta con sé il pericolo di un utilizzo della legittimazione derivante dalla rappresentanza popolare come strumento per un esercizio illimitato del potere sovrano, tanto sul piano delle relazioni tra istituzioni statali e cittadinanza, quanto su quello delle relazioni tra diversi stati.

Avendo in mente l'intenzione di sviluppare una riflessione su questi temi cruciali, si è dunque scelto di dedicare la terza edizione del seminario italo-spagnolo al tema "Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione". Così, dopo il successo delle due edizioni svolte nel 2012 a Bologna e nel 2014 a Madrid, la facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Catania è stata individuata come sede dell'iniziativa e si è messa in moto una complessa macchina organizzativa che, grazie anche al sostegno offerto dalla stessa Università di Catania, dall'Università Pontificia Comillas - ICADE, dall'UNED, dall'Università di Bologna e dall'Associazione Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ha permesso agli organizzatori di individuare le linee di ricerca da sviluppare, di pubblicizzare la *call for papers*, di mettere il Comitato scientifico in condizione di selezionare (in forma anonima) le proposte dei giovani ricercatori e di predisporre un programma articolato in cinque sessioni parallele e diverse tavole rotonde. Il primo risultato di questo imponente lavoro è stato il Congresso che, tra il 5 e il 7 dicembre del 2016, ha ospitato a Catania un centinaio di studiosi provenienti da diverse università italiane e spagnole. Il secondo risultato sono questi volumi in cui si pubblicano i contributi scritti che i giovani ricercatori coinvolti nell'iniziativa hanno presentato durante le giornate di Catania. Con questi libri si chiude dunque un imponente lavoro biennale di ricerca che, per l'innovatività degli approcci seguiti dagli autori coinvolti, è certamente destinato ad incidere in maniera significativa sulla letteratura giuspubblicistica.

I curatori

Nota de los directores

Soberanía y representación: el constitucionalismo en la era de la globalización *

Según una construcción muy extendida entre los estudiosos del derecho público, el nacimiento de la representación política moderna está indisolublemente ligado al acontecimiento de las grandes revoluciones liberales, desde finales del siglo XVII hasta finales del siglo XVIII, contribuyendo a la desaparición de los antiguos regímenes y proclamando fórmulas inéditas de organización institucional. Esta lectura tiene ciertamente un aspecto muy positivo: vinculando la representación con un momento histórico central para la Historia constitucional, la identifica de forma acertada con la fase en la que se asiste a los primeras consecuencias jurídicas concretas de la idea en cuestión. Sin embargo, en épocas más recientes, la doctrina especializada ha puesto de manifiesto que este enfoque, al concretar el momento de su introducción en los ordenamientos jurídicos de tradición occidental, acaba ocultando el verdadero origen conceptual del principio representativo. De hecho, como se ha señalado, la génesis del concepto debe remontarse a una época anterior a la consagración del liberalismo y, aunque esto pueda parecer paradójico, debería buscarse en las páginas del *Leviatán* de Thomas Hobbes.

Se trata de una precisión que, si bien no se propone abiertamente subvertir la lectura tradicional, ciertamente no es trivial y que, por el contrario, está llena de implicaciones para los estudios de inspiración iuspublicista, puesto que cuestiona la relación que vincula la representación con la soberanía y con el constitucionalismo y, por lo tanto, nos obliga a volver a reflexionar sobre algunos pilares, aún hoy centrales, para la ciencia constitucional. Sin querer aventurarnos en análisis complejos que van más allá del alcance de esta breve introducción, es suficiente, por el momento, pensar en las profundas implicaciones que este enfoque puede tener en visiones consolidadas de la democracia constitucional. Reconociendo que, contrariamente a lo que se podría llegar a creer si nos centramos en la perspectiva de los logros concretos de la era liberal, el principio representativo es más antiguo que la elaboración de las doctrinas del constitucionalismo y

* Traducción del italiano por Blanca Sáenz de Santa María Gómez Mampaso.

está íntimamente conectado con la idea hobbesiana del poder soberano, que incluso podría llegar a cuestionar la ecuación, aceptada con demasiada frecuencia de forma acrítica, que lleva a identificar la absolutización de la representación y la naturaleza democrática de los sistemas políticos.

Si todo lo que se acaba de decir es cierto, se hace necesaria de manera inmediata una nueva reflexión sobre la relación entre representación, soberanía y constitucionalismo. Esto es aún más indudable en un contexto en el que el análisis comparado de la dinámica de la globalización muestra un debilitamiento significativo del constitucionalismo en la actualidad: por un lado se observan procesos sociales impulsados por dinámicas económicas poco atentas a las exigencias de las personas; por el otro, en un intento de reaccionar ante los claros abusos del poder económico, somos testigos de procesos políticos que enfatizan los resultados electorales contingentes y desafían a la idea misma de limitación de poder. En un escenario en que la desconstitucionalización de los Estados nacionales no ha sido compensada adecuadamente con una constitucionalización del esquema institucional supranacional, existen, de hecho, altísimos riesgos: si en el modelo del constitucionalismo maduro de después de la Segunda Guerra Mundial ha sido posible importar ideas de origen absolutista sin que las mismas implicasen las ruinas de un pasado doloroso, la debilidad constitucional que implica el mundo global conlleva consigo el peligro de utilizar la legitimación derivada de la representación popular como un instrumento para el ejercicio ilimitado del poder soberano, tanto en el plano de las relaciones entre instituciones estatales y ciudadanía como en el de las relaciones entre los diversos Estados.

Teniendo presente la intención de desarrollar una reflexión de estos temas cruciales, se ha decidido, por lo tanto, dedicar la tercera edición del seminario italo-español al tema de la “Soberanía y representación: el constitucionalismo en la era de la globalización”. De esta forma, después del éxito de las dos ediciones celebradas en 2012 en Bologna y en 2014 en Madrid, la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Catania ha sido elegida como sede de la iniciativa y se ha incorporado a una compleja máquina organizativa que, gracias también a la ayuda ofrecida por la misma Universidad de Catania, la Universidad Pontificia Comillas-ICADE, la UNED, la Universidad de Bolonia y de la Asociación *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ha permitido a los organizadores determinar las líneas de investigación a desarrollar, publicar la *call for papers*, permitir al Comité científico tener las condiciones adecuadas para seleccionar (de forma anónima) las propuestas de los jóvenes investigadores y preparar un programa articulado en cinco sesiones paralelas y varias mesas redondas. El primer resultado de este imponente trabajo fue el Congreso que, entre el 5 y el 7 de diciembre de 2016, acogió en Catania a un

centenar de estudiosos provenientes de diversas universidades italianas y españolas. El segundo resultado son estos volúmenes en que se publican las contribuciones escritas que los jóvenes investigadores involucrados en la iniciativa presentaron en las jornadas de Catania. Con estos libros se cierra, por lo tanto, un extraordinario trabajo bienal de investigación que, por lo novedoso de los enfoques seguidos por los autores involucrados, está ciertamente destinado a incidir de forma significativa en la literatura iuspublicista.

Los directores

PARTE I:

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE,
SOVRANITÀ E RAPPRESENTANZA

RUOLO DELLE CORTI COSTITUZIONALI
E DECISIONI POLITICHE: UN RAPPORTO SEMPRE
PROBLEMATICO TRA ESIGENZE DELLA RAPPRESENTANZA
E SUPERIORITÀ DEI PRINCIPI

Giuseppe Laneve

SOMMARIO: 1. Premessa: un contesto di trasformazioni costituzionali. – 2. Il riposizionamento dei giudici al cospetto del legislatore e il ruolo cruciale dei principi. – 3. La crisi della rappresentanza come doppia crisi: del rappresentante e del rappresentato. – 4. Alcune ragioni dell'avanzata della giurisdizione. – 5. Il ruolo delle Corti costituzionali quali istituzioni “di confine”: a) tra politica e giurisdizione. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa: un contesto di trasformazioni costituzionali*

Il rapporto tra potere politico e potere giurisdizionale, tra *potere e diritto*, *voluntas e ratio*, in fondo tema classico già del costituzionalismo antico e moderno (McIllwain, 1990; Matteucci, 1988; Fioravanti, 1993; Dogliani, 1994; Álvarez Alonso, 1999), da qualche anno registra forme e intensità del tutto nuove, difficilmente ascrivibili ad un'unica causa, essendo invero la risultante di dinamiche, non solo giuridiche, molto complesse. Non deve stupire, pertanto, il fascino e gli interrogativi che esso continua a suscitare nella dottrina (solo per limitarsi ai più recenti, Zanon, 2018; 2015; Scaccia, 2017a; Luciani, 2016; 2012; Barbera, 2016; Rescigno, 2016; Bilancia, 2016; Pioggia, 2016; Fioravanti, 2016; Chessa, 2014, Bin, 2013).

Proprio perché è un conflitto che ruota intorno a quella zona nevralgica del diritto costituzionale, all'incrocio tra forma di governo e forma di Stato, non ci si può accontentare di letture parziali, occorrendo invero che ogni sua singola sfaccettatura, così come il loro insieme, siano adeguatamente inseriti, in ossequio a un metodo da seguire ogniqualvolta si voglia provare a decifrare fenomeni complessi, nel proprio contesto di riferimento (Costa, 2006: 9)¹. Un'operazione che si rivela vieppiù necessaria se solo si apprezza come quel

¹ L'A., 9, invita a non ignorare quanto il contesto che cambia incida su concetti che conservano la stessa denominazione, “come se il mutare dei contesti fosse solo una veste indifferente, la copertura superficiale di una dialettica sempre eguale a se stessa; come se insomma la storia celasse una sorta di eterno ritorno dell'identico”.

contesto sia attraversato da processi di cambiamento talmente radicali (si pensi in ordine sparso al nuovo rapporto tra politica ed economia, allo stato di emergenza generato dalla crisi finanziaria e dal terrorismo internazionale, al progresso della scienza e della tecnologia, alla potenza di internet, all'imponenza dei flussi migratori) da mettere ormai seriamente in discussione diverse categorie fondative dello Stato costituzionale (Spadaro, 2017; Ruggeri, 2014). Processi, peraltro, che, in una complessa e duplice relazione di causa ed effetto, si innestano con forza dirompente sul sistema della *rappresentanza politica*, la cui crisi trova ragioni anche in altri luoghi e in tempi più lontani, svelandone tutte le attuali fragilità (tra gli ultimi, Frosini, 2017; Bassu 2017).

La globalizzazione, con le sue plurime forme di manifestazione, tutte però accomunate dall'annullamento dei confini, mette in crisi un *topos* del diritto pubblico moderno, la sovranità statale e, pertanto, è causa di profonde trasformazioni costituzionali (Morrone, 2016).

Tra gli interrogativi più impellenti dell'oggi è quello volto alla ricerca del soggetto meglio capace di assumere, in termini di efficienza e responsabilità, non sottraendosi tuttavia alle conquiste del costituzionalismo, l'onere della decisione pubblica, attesa la evidente erosione del primato tradizionale del Legislatore.

Non è certo casuale la conquista di una porzione rilevante nei processi decisionali da parte di soggetti estranei ai poteri tradizionali dello Stato di diritto come, ad esempio, le Autorità indipendenti che, in ragione di una competenza settoriale, tecnica e specializzata, stanno di fatto allargando la platea di coloro che ambiscono a "governare" la sempre più complessa varietà degli interessi sociali e che, non ricorrendo alla compassata procedura delle dinamiche parlamentari, risultano persino più al "passo con i tempi" rispetto all'organo rappresentativo (Giuffrè, 2016: 16-20).

Ma se si volge lo sguardo all'altro polo, quello della *iurisdictio*, anche attorno a questo si registrano passaggi in qualche modo altrettanto "erosivi" di spazi della giurisdizione tradizionale: basti guardare alle numerose forme di risoluzione alternativa delle controversie (c.d. ADR, *Alternative Dispute Resolution*) che, soprattutto quando esercitate nelle forme rituali, si pensi all'arbitrato, non sono inconciliabili con le esigenze pubblicistiche legate all'amministrazione della giustizia (Caretto, 2016a: 451).

In definitiva, il conflitto tra *gubernaculum* e *iurisdictio* non smette di riproporsi di continuo, conosce dinamiche proprie, su cui si tornerà a breve nei limiti di questo contributo, che riflettono quella tensione eterna, tipica dell'intera cultura giuridica occidentale (Costa, 2006: 8-9), tra il principio della legittimazione democratica del potere politico e quello del limite a quest'ultimo, fondato sulla garanzia dei diritti fondamentali, che spetta al po-

tere giudiziario; quella non coincidenza tra giustizia *politica* e giustizia *individuale*; quella impossibile piena sovrapposizione tra *astrattezza* della norma e *concretezza* delle vicende umane (Pioggia, 2016: 540). Un conflitto che appare fisiologico dello Stato costituzionale pluralista e complesso (Caretto, 2016b: 26; Ridolfi, 2016).

Ma è bene tenere presente che il contesto nel quale si continua a giocare questa partita è notevolmente mutato negli ultimi decenni e va tenuto costantemente sullo sfondo di ogni riflessione che si intende proporre (Morrone, 2016: 1473²).

2. Il riposizionamento dei giudici al cospetto del legislatore e il ruolo cruciale dei principi

Alla luce di queste considerazioni, ed entrando più nel dettaglio del rapporto tra *legis-latio* e *iurisdictio*, occorre ricordare come nel corso degli ultimi due secoli, si sia assistito ad una netta metamorfosi delle dinamiche relazionali tra i due poteri. Quello che in origine era un *rapporto* “semplice”, dallo svolgimento piuttosto lineare, quasi verticistico, si è via via rimodulato in termini molto più complessi grazie al riposizionamento che il potere giurisdizionale ha portato a termine nell’assetto complessivo dei poteri e, dunque, *in primis* nei confronti del potere legislativo (da ultimo, Zanon, 2018). Un riposizionamento che ha spinto, e continua a spingere, verso una riconfigurazione del rapporto in termini, appunto, di *conflitto*.

Un processo reso possibile con l’affrancamento definitivo dalla costruzione di matrice positivista (*ex multis*, Kelsen, 1965; Hart, 1958; Bobbio, 1965; Scarpelli, 1997), fortemente influenzata dalla Scuola dell’Esegesi dei tempi della Codificazione napoleonica, protesa verso una lettura dell’interpretazione come attività *minima*, da esaurirsi nell’ambito infratestuale, meramente disvelatrice di significati già pre-determinati da un legislatore “onnipotente”. Una costruzione che, sulla scia della polemica portata avanti dagli illuministi contro il diritto romano, voleva uscire dall’idea della giurisprudenza intesa come *prudentia juris*, vale a dire come ragionamento saggio attorno alle questioni

² Secondo l’A., “nella dimensione transnazionale, se non vuole ridursi a mera rappresentazione di illusioni in veste giuridica, il diritto costituzionale è costretto a rimettere in discussione questioni cruciali, che riguardano i temi seguenti: sovranità dello stato, protezione dei diritti fondamentali, concetto di popolo, rapporto tra diritto ed economia, il valore dello spazio. Qualunque indagine che voglia affacciarsi sull’universo di un preteso diritto globale come ordinamento giuridico non può sfuggire dal considerare questi fenomeni”.

per giungere a un diritto inteso come scienza coordinata, ragionamento *more geometrico*, come tale suppostamente unico e inequivocabile (D'Alessandro, 2008: 21).

Il sopraggiungere della teoria *volontaristico-creativa*, o anche *scettica*, che si richiamava principalmente a Friedrich Carl von Savigny (von Gierke, 1908; Fioravanti, 1980) e a Francois Géný (Grossi, 1991; De Los Mozos, 1991; Costa, 1991), spostando il baricentro dell'interpretazione attorno alla figura dell'interprete e al peso specifico della sua soggettività (e della sua volontà), ha prodotto un fondamentale cambiamento di paradigma, portando in superficie tutta la parzialità di quella visione formalistica, propria dello Stato liberale di diritto, che attribuiva, in ossequio a una vera e propria "idealizzazione dottrinale" (Bognetti, 2004: 44), al legislatore e alla sua legge il monopolio del diritto (Geny, 1899)³, confinando invece l'interprete "al rango passivo di esegeta, utente meccanico di elementari procedimenti di logica formale" (Grossi, 1991: 20)⁴.

In fondo, il carattere ideologicamente pluralista e la disomogeneità politico-sociale rifiuta, quanto meno nel lungo periodo, la pretesa di ridurre il tutto al monismo legalistico, perché, come detto recentemente "il pluralismo, se preso sul serio, non muove dall'unità, ma tende all'unità, attraverso l'agire strategico di tutti i soggetti che animano il tessuto sociale" (Caretta, 2016a: 448).

Non v'è dubbio, poi, che quella *tensione* conflittuale ha trovato un terreno ulteriormente fertile in quella fase evolutiva dello Stato costituzionale che

³ L'A., n. 84, ha messo in evidenza "l'insuffisance irrémédiable de la loi écrite à fournir à l'interprète toutes les solutions requises par la pratique" e, dunque, una concezione per cui "la loi écrite (...) ne peut être tenue pour autre chose, qu'une information, très limitée du droit", n. 183. Vedi anche Zagrebelsky, 2004.

⁴ L'Autore mette bene in luce come Géný abbia condannato due semplicismi, l'uno consequenziale all'altro: "a livello filosofico, il semplicismo giusnaturalista di credere nelle capacità illimitate di una intelligenza puramente razionale, che riesce a leggere la natura delle cose e a fissarne le regole in formule dalla universale validità; a livello giuridico, il semplicismo di identificare nel legislatore il lettore-interprete-codificatore delle regole di natura e di affidargli il potere esclusivo di produrre le norme". Molto critico, come noto, è Baldassarre, 2007, che mette in evidenza come per il positivismo giuridico, non a caso sviluppatosi in Europa nel secolo XIX, "qualunque cosa fosse prescritta dal legislatore (sovrano, popolo) andava considerato «diritto»" e questo perché "nello Stato nazionale borghese (...) si supponeva che tutte le valutazioni politiche e tutti i giudizi di valore spettassero (e fossero effettivamente compiuti) dal legislatore (...), sede esclusiva della sovranità popolare, di modo che a tutte le altre branche del potere statale (pubblica amministrazione, giudici) non restava che svolgere un compito tecnico, consistente in operazioni di pura logica applicativa, ovvero (...) in un'attività totalmente avalutativa", p. 3268.

Maurizio Fioravanti ha chiamato “del presente”, volendo con ciò descrivere non già il prodotto confezionato dalle Costituenti del Novecento, bensì il suo sviluppo successivo che ha dato vita, come dimostra in maniera significativa l’esperienza italiana, ad una vera e propria *trasformazione costituzionale* (Fioravanti, 2016: 8).

Guardando, infatti, al modello teorico prefigurato dalla nostra Assemblea Costituente, non si incontrano particolari difficoltà nel riconoscere come esso assecondava un valore per lo più programmatico della Costituzione, quale *loi politique*, norma fondamentale e superiore sì, ma non immediatamente precettiva, se non nei riguardi del solo legislatore, con i giudici comunque relegati ad applicare la (sola) legge, quale prodotto di un potere che si frapponeva tra loro e la Costituzione (Fioravanti, 2016: 14; Laneve, 2012a: 12 ss.). Il modello poi via via plasmatosi, grazie invero all’apporto fondamentale in tal senso offerto dalla Corte costituzionale (Laneve, 2014), peraltro sin dalle sue primissime pronunce (in particolare, le nn. 1 e 3 del 1956), ha segnato un deciso allontanamento dall’ideal-tipo originario.

Nel superare la rigida separatezza tra *legalità costituzionale*, la cui vestale, per riprendere le note parole di Enrico De Nicola, era il solo Giudice costituzionale, e *legalità legale*, la cui vestale era invece il potere giurisdizionale, e riconoscendo anche ai giudici comuni il potere di interpretare, direttamente applicare, in sostanza “maneggiare” i principi costituzionali - potere che si manifesterà in tutta la sua ampiezza con l’affermazione definitiva della dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione (Luciani, 2016, Sorrenti, 2006, Laneve, 2012a) - è lo stesso assetto dei poteri che cambia (Fioravanti, 2016: 8; Chessa: 2005, 56⁵; Luciani, 2012: 3824): il potere giurisdizionale fuoriesce dal cono d’ombra prodotto dal legislatore e che gli impediva di “vedere” la Costituzione e, da una posizione comunque subordinata a quest’ultimo, si eleva sino a collocarsi orizzontalmente al suo fianco.

Da una linea retta, verticale, si è passati a un triangolo, la cui base è formata da due poteri, quello del legislatore e quello dei giudici, l’uno *accanto* all’altro, entrambi al cospetto del vertice rappresentato dalla Costituzione (Fioravanti, 2016: 15). Questa riconfigurazione del rapporto tra i due poteri ha posto le premesse per un continuo *rinnovarsi* del conflitto (Pioggia, 2016: 540)⁶.

⁵ Secondo l’Autore, 56, “la costituzione diviene, così, parte integrante dell’ordinamento, e quindi dei criteri che il giudice può direttamente assumere come premessa maggiore dei suoi ragionamenti. La ‘saldatura interpretativa’ tra legge e principi costituzionali di giustizia diventa la regola dell’attività giudiziale”.

⁶ “Se è vero che le carte costituzionali con la loro stessa esistenza relativizzano e limitano l’ulteriorità della decisione politica legislativa, è anche vero che, nel momento in cui aprono la

D'altronde, non è di poco momento considerare come mettere direttamente i giudici in relazione con la Costituzione abbia significato altresì spianare definitivamente di fronte a loro il terreno dei principi, *in primis*, appunto, quelli costituzionali.

Trattasi, come noto, di materiale normativo delicatissimo che, se da un lato, come insegnato da Paolo Grossi, ha il pregio “in grazia della propria indeterminatezza di assorbire elasticamente le novità di un movimento e mutamento sempre più in corsa” (2016: 12)⁷, portando nell'ordinamento giuridico il flusso della storia, della cultura, della sensibilità (Silvestri, 2016: 45), affrancando la stessa funzione giurisdizionale dall'essere giudice della sola *lex*, consentendole l'apertura allo *ius* (Caretto, 2016b: 28); dall'altro, i principi, in ragione del loro riferirsi anche a una dimensione assiologica, come tale pregiuridica, peraltro non *a-priori* gerarchizzata, che raggiungerebbe proprio tramite i primi una sua positivizzazione (Scaccia, 2017a: 177-178; Dworkin, 1977; Baldassarre, 1991; Ruggeri, 2007, Zagrebelsky, 1992), e che trova manifestazione esteriore in enunciati solitamente “aperti” e ricchi di clausole generali, sfuggono alle rigide regole del sillogismo giudiziario, richiedendo complesse operazioni di bilanciamento che non possono che enfatizzare la creatività del giudice (Schmitt, 1978).

Più si ampliano i margini di manovra dei giudici, più aumenta il rischio, molto pericoloso proprio per la stessa funzione giurisdizionale, che essi siano indotti ad anteporre la propria adesione morale e interiore al dovere di applicare quelle che sono norme giuridiche comunque obbligatorie (Scaccia, 2017a: 180; Zanon, 2015: 925; Luciani, 2012: 3831). Ogni richiamo ai valori deve rimanere tale, cioè un *riferirsi a*, nel senso che l'armamentario del diritto, anche del diritto costituzionale, è composto da (sole) norme (Barberis, 2012: 56)⁸.

strada alla dialettica fra il giudice e il legislatore, prefigurano un ambito entro il quale può aprirsi anche un conflitto e il ventaglio di possibilità entro le quali esso deve risolversi. Le esperienze dell'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici ordinari, e oggi anche amministrativi, e delle ‘forzature’ esegetiche operate in nome di una interpretazione costituzionalmente conforme ne sono una testimonianza”.

⁷ Occorre notare come persino la dottrina più scettica nei confronti di un potere giudiziario abilitato a applicare direttamente i principi costituzionali (Bognetti, 2004: 44-46), ha riconosciuto allo stesso un ruolo “di primaria importanza nello sviluppo del diritto complessivo di un ordinamento” proprio per la capacità, propria dei giudici, di riplasmare il complesso materiale normativo a disposizione e far sì che quest'ultimo non perda il contatto con la realtà sociale in movimento.

⁸ Osserva l'A. che “il più grave difetto nel discorrere di valori a proposito del diritto costituzionale è occultare che il ruolo del diritto è pur sempre fornire soluzioni normative e non me-

La problematica è oggi ancor più avvertita una volta che ci si proietta nella dimensione europea, dove non di rado la disapplicazione della normativa interna è operata dai giudici comuni non già, e sempre, rispetto a puntuali norme europee, bensì assumendo come parametro norme-principio euro-unitarie (anch'esse) aperte, ricche di clausole generali, con un livello basso di determinatezza, e come tali non sempre direttamente, o quantomeno univocamente, applicabili, presenti tanto nei Trattati e nelle direttive quanto nella Carta di Nizza (Barbera, 2018: 156-158). La complessa vicenda Taricco, chiusa recentissimamente dalla Corte costituzionale italiana, d'altronde, in riferimento alla specifica materia penale, ha posto in termini molto chiari la questione del rapporto tra norma europea di principio, disciplina interna, che, laddove non può che essere caratterizzata da determinatezza, deve rinvenire la sede propria nel previo testo posto dal legislatore, e poteri del giudice, i quali intervengono sempre *ex post* "individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza" (Corte cost., sent. n. 115 del 2018, p. 11 del Considerato in Diritto).

Il rapporto tra il diritto posto nel testo (dal legislatore) e il diritto prodotto nelle corti (dal giudice) trova sempre nuovi terreni per rinnovare la sua complessità, perché in fondo è definitivamente venuta meno, e non da oggi, quella che Otto Bachof ha chiamato "professione giuridica di fede" (1959, ora 2016: 180-1), per cui il giudice si limita all'applicazione logico-meccanica della legge, un giudice "*geometer vel arithmeticus*" (Zagrebelsky, 2008, 76-77; Cappelletti, 1984), senza esercitare un proprio potere sociale.

3. La crisi della rappresentanza come doppia crisi: del rappresentante e del rappresentato

Richiamati rapidamente alcuni passaggi fondamentali nell'evoluzione della relazione tra politico e giudiziario, occorre spostarsi sul presente, che segna quasi un superamento del secondo ai danni del primo, tale per cui da qualche anno non si esita a parlare di *juristocracy* (Hirschl, 2004; si veda anche Waldron, 2001; Leoni 1994).

È quantomai opportuno ritornare su quanto accennato all'inizio, quando si è fatto riferimento a un contesto in profonda trasformazione.

ramente assiologiche ai casi della vita: la funzione del diritto, anche costituzionale, è pur sempre dirci cosa dobbiamo fare, non cosa dobbiamo credere. Per guidare il comportamento dei cittadini, o per fornire strumenti di soluzione dei problemi agli operatori, il diritto deve convertire i valori in norme".

Non v'è dubbio che il tradizionale circuito della rappresentanza politico-parlamentare stia mostrando un notevole stato di sofferenza (F. González – J. Fernandez-Albertos – G. Damiani, 2017; J.L. Cascajo Castro – A. Martín del la Vega (coord.), 2016; C. Bassu – G.G. Carboni, 2016; Barbera, 2008; Bilancia, 2000), che si traduce in una inadeguatezza da parte dello stesso a fornire risposte efficaci alle diverse e complesse istanze provenienti dalla società.

Ed è qui che si manifesta il precipitato istituzionale di molti di quei fattori di profondo cambiamento cui si è fatto cenno in precedenza: la crisi economica, gli attacchi terroristici, i flussi migratori alimentano costantemente quel sentimento di paura (*della* povertà, *dell'*altro, etc.) che sembra preferire soluzioni emergenziali a quelle più ponderate, frutto delle compassate dinamiche politico-parlamentari; lo stesso processo di integrazione europea, anch'esso così sofferente in questi anni, e chiamato ad affrontare una crisi finanziaria senza precedenti, appare, e in effetti è, governato da organismi tecnico-burocratici (si pensi ai salvataggi degli Stati mediante misure “non convenzionali”), secondo logiche poco trasparenti e dunque lontane da quelle proprie della politica rappresentativa; in una prospettiva ancora più globale, molti sono i segnali che risemantizzano quel rapporto, centrale per la democrazia, tra potere politico e potere economico a vantaggio del secondo.

In questo scenario, in cui l'elemento comune è la mancanza, o l'eccessiva debolezza, della *politica*, il ruolo dei giudici, soprattutto quelli supremi, tende ad assumere una forza e un'autorevolezza tali da essere in grado di controbilanciare, in nome della protezione dei diritti fondamentali, il pesante *deficit* democratico delle decisioni assunte (Kilpatrick, 2015: 17-20; Baraggia, 2017: 8-9).

Va peraltro tenuto presente come l'insieme di questi fattori nuovi insista su un fenomeno che affonda le radici in tempi più lontani, vale a dire la crisi della legge (Neumann, 1973), non più al centro di un sistema delle fonti che, sempre più aperto e plurale, appare come un vero “disordine” (Ruggeri, 2010). Ma la crisi è anche di tipo quantitativo (troppe leggi) e qualitativo (molte leggi a contenuto provvedimentale). Interessante, in proposito, è la riflessione proposta già qualche anno fa da autorevole dottrina, secondo la quale “nel rinvenimento o nella costruzione di una ragione comune, di un comune fondamento delle regole di una società pluralistica, sta la radice razionale della ‘nuova’ legge e più in generale di una buona legislazione. In questo senso, più che di ‘crisi della legge, può parlarsi di ‘legge della crisi’ come problema di quale sia o debba essere cioè la legge che possa trarre la società in disordinata e conflittuale crescita (‘crisi’) dalla disaggregazione a una razionale o ragionevole composizione” (Modugno – Celotto – Ruotolo, 1999: 8).

Tornando al tema cruciale della rappresentanza, non può certo non veder-

si come la crisi del *rappresentante* sia anche dovuta allo scarto tra una certa politica richiesta all'*interno* (dei confini nazionali) e quella attesa all'*esterno* (nella dimensione sovrastatale) e che finisce per stringerlo in una morsa: un rappresentante, come detto da Ruggeri, “messo in croce” (2017: 295)⁹.

Imputare la crisi della rappresentanza al solo *rappresentante*, e dunque alla sua incapacità di essere tale, è tuttavia riduttivo, dovendo invero il fenomeno coinvolgere anche l'altro polo del rapporto, ovvero il *rappresentato* (Frosini, 2017: 3; Ruggeri, 2017: 297; Prisco, 2016: 655). Occorre, in altri termini, fare i conti con quanto avvertito da Massimo Luciani sin dagli inizi degli anni duemila, e dunque in una fase storica in cui tutti i profondi processi di cambiamento sopra richiamati lanciavano primi e frammentati segnali, e cioè che la vera crisi della rappresentanza va ricercata “più *côté* rappresentato che *côté* rappresentante” (2001: 117). A questo proposito, non può sottovalutarsi il peso del fattore identitario: nel suo essere autentico processo di costruzione del senso di sé (Elliot, 2007), come tale necessariamente relazionale (Cassirer, 1944), l'identità è sempre più un concetto “*in question*” (A. Elliot – P. du Gay, 2009), assurgendo a uno dei profili più problematici nella scienza sociale contemporanea, e autentico prisma attraverso il quale tutti gli altri aspetti del nostro stare insieme sono individuati, colti ed esaminati (Bauman, 2009, 1).

Nel quadro fin qui dipinto, in cui peraltro i processi identitari continuano a perdere progressivamente il territorio quale spazio di riferimento (Scaccia, 2017b) ed inseguono la dimensione dell'*appartenenza* che, a differenza del primo, è capace di attraversare e superare i confini (Laneve, 2012b), i profili problematici attorno alla (e alle) identità sono destinati ad amplificarsi (Sen, 2006, Bauman, 2005; Grosso, 1997). Secondo Bauman il vero dilemma non è tanto la possibilità di scelta dell'identità e il suo riconoscimento, bensì quale identità scegliere e come essere messi nelle condizioni di poter scegliere un'altra identità nel caso in cui quella scelta in precedenza perda il suo potere seduttivo (2009: 7). Sul piano giuridico, bene ha fatto quella dottrina che ha ritenuto il problema identitario non riconducibile soltanto alla sempre più crescente possibilità di mescolare e sommare le identità, ma anche, e soprattutto, alla rapidità con cui le persone riescono a muta-

⁹ Precisa l'Autore: “Nello Stato nazionale, chiuso in se stesso ed autosufficiente, il vecchio schema che chiamava i rappresentanti a essere rappresentativi solo degli elettori poteva andare bene. Oggi però siamo immessi in un processo d'integrazione sovranazionale avanzato, partecipi dell'Unione europea e di una Comunità internazionale che, pur nelle crescenti difficoltà cui vanno incontro e nelle complessive carenze esibite, dimostrano di essere in grado di esprimere vincoli sempre più intensi a carico degli Stati”.

re il senso della propria appartenenza a una comunità e a sviluppare identità nuove (Caravita, 2008).

Tutto questo rende fragili le identità collettive e addirittura individuali, facilita lo smarrimento del senso del legame sociale, conduce a una volatilità dei ruoli sociali che rende “problematica la stessa identificazione del soggetto da rappresentare” (Luciani, 2001, 117). In fondo, com’è stato recentemente evidenziato, al pluralismo di valori diversi, ma condivisi, dello *Stato costituzionale* fa da contraltare il multiculturalismo, di culture eterogenee, della *globalizzazione*: qui, le stesse nozioni di popolo e di cittadinanza devono essere risemantizzate (Morrone, 2016: 1478).

A fronte di tutto questo, che certo non è poco, si staglia l’immagine di un legislatore che rinuncia al suo ruolo di mediatore dei conflitti sociali (Luciani, 2012: 3824) e che propone, peraltro non di rado eludendo una sostanziale discussione parlamentare, soluzioni tampone, appunto emergenziali e provvisorie (Scaccia, 2017a: 182), mostrandosi invero l’esatto contrario di quello che doveva essere per Gerhart Husserl, ovvero quel soggetto la cui opera “riguarda il futuro, che egli precorre con un’anticipazione di tipo intellettuale”, il cui “agire è sorretto dall’idea di un futuro prevedibile, anzi, calcolabile”. In altri termini, un vero “pianificatore” (1955, ora 1998: 50).

4. Alcune ragioni dell’avanzata della giurisdizione

È evidente che il giudiziario ha trovato terreno fertile per la sua avanzata. I motivi, tuttavia, non devono ricondursi in via esclusiva all’arretramento del potere politico che, dunque, lasciando parte del campo, costringerebbe quasi il giudiziario ad occuparlo (Luciani, 2012: 3825).

Vi sono infatti ragioni anche più profonde. La *non*-fiducia nel sistema rappresentativo da parte di una società profondamente disomogenea (Scaccia, 2017a) si traduce in una (forse eccessiva) fiducia nei confronti dei giudici che, chiamati a risolvere casi concreti, devono offrire - peraltro, come visto, potendo ricorrere ad ampi margini di discrezionalità - una soluzione *case by case* a quei conflitti tra principi (e valori) sui quali il decisore politico, a volte volutamente (Luciani, 2012), non si pronuncia.

Ma dietro l’avanzata del giudiziario c’è anche, se non soprattutto, una concezione diversa dei *diritti* e dello stesso *diritto*, che finisce per essere inteso come qualcosa che trova sostanza solo nelle aule dei tribunali (Zanon, 2018: 260-2). Un diritto creato dai casi e che segue i casi (Scaccia, 2017a: 184), e che può arrivare persino ad anticipare i casi, ponendo così il giudice, volendo richiamare ancora le categorie husserliane, nella condizione opposta a quella

riconosciutagli dal filosofo tedesco, vale a dire un vero precursore delle nuove frontiere relative ai bisogni che meritano tutela. Con il rischio di sfiorare derive in cui si tende a considerare come *diritti* qualsiasi bisogno o aspettativa in cerca di soddisfazione, magari anche istantanea, al di fuori di qualsiasi mediazione politica e costruzione legale (Morrone, 2016: 1476; Luciani, 2012). Ciò potrebbe anche essere il sintomo di un ritorno di matrice culturale all'individualismo, a un desiderio cioè di far prevalere la soddisfazione ad ogni costo delle esigenze del singolo su quelle funzionali a un bene comune, che è ciò cui tende una comunità politica.

Anche qui il peso della globalizzazione, e del suo superamento dei confini, gioca un ruolo decisivo. I confini nazionali, come già detto, non sono più barriere, ma vasi comunicanti, attraversati da flussi continui che mettono in relazione ordinaria tra loro più Carte costituzionali (Bombardelli, 2016: 513)¹⁰, più principi (von Bogdandy, 2011), più centri di produzione del diritto, più testi normativi e, non da ultimo (anzi), più giudici.

Tutti questi *più*, non (più) isolati, ma in perenne connessione tra loro, non sostanziano un problema di natura solo quantitativa, dando vita invero a una questione di tipo qualitativo, giacché quelle comunicazioni, piuttosto che muoversi sempre secondo direttrici univoche e predefinite, seguono geometrie variabili lungo le quali pare arduo ritrovare un punto "in alto e al centro", che possa assurgere a esclusivo depositario e promanatore dell'ordine giuridico (Bombardelli, 2016: 511).

5. *Il ruolo delle Corti costituzionali quali istituzioni "di confine"*

a) tra politica e giurisdizione

Un quadro così nuovo, complesso e articolato, non può non incidere anche sul ruolo degli organi di giustizia costituzionale che - chiamati a esercitare quella funzione epocale per il XX secolo (Groppi, 2012: 47; Rosseau, 1992: 9) che ha assoggettato l'intera dimensione dei pubblici poteri al rispetto della supremazia della Costituzione e dei suoi principi (Bartole, 1998: 8¹¹; Bocken-

¹⁰ Dove si osserva che "la stessa Costituzione è ora chiamata a confrontarsi con altre fonti di livello costituzionale e per continuare a porsi come fondamento dell'ordine giuridico, assicurando il rispetto dei principi e dei diritti fondamentali, non può più semplicemente essere considerata come il vertice della piramide da cui tutto deriva per irradiazione, grazie appunto al sostegno offerto dalla sovranità dello Stato".

¹¹ Come ben specificato dall'Autore, il mandato della Corte costituzionale "mette in causa

forde, 2006: 642-3), e che è stata riconosciuta come un valore in sé (Cappelletti, 1968) - abitano naturalmente quella zona impervia a cavallo tra la politica e la giurisdizione (Martines, 1957; Mortati, 1962; Mezzanotte, 1984; Modugno, 1982; Zagrebelsky, 1982, Cheli, 1996).

L'affermazione per cui il posto delle Corti costituzionali è tra la *politica* e la *giurisdizione* può declinarsi su piani diversi, anche se poi riconducibili ad un'unica sintesi, come dimostra egregiamente l'esperienza italiana.

Significa intanto che la Corte costituzionale si colloca tra il potere politico e il potere giurisdizionale: d'altronde, come non ricordare le parole di Vezio Crisafulli che, in occasione dei vent'anni dall'inizio dei lavori della Corte, ebbe a dire che la sua apparizione sulla scena fu appresa "un po' come l'introduzione di un 'terzo incomodo' tra potere legislativo e potere giudiziario, il primo, avvertendo che qualcosa gli era tolto; il secondo che qualcosa non gli era stato dato che, in ipotesi, avrebbe potuto essergli dato, giacché il controllo sulla costituzionalità delle leggi sarebbe ovviamente spettato ai giudici comuni, se non si fosse istituito un organo apposito" (1984: 74-5; Elia, 1982). Ma significa anche che il suo principale campo di azione, il sindacato sulle leggi, può insistere sull'atto politico per eccellenza, la legge, ma solo per il tramite di un qualsiasi altro giudice, quindi passando per un caso della vita, e seguendo le forme e le procedure tipiche della giurisdizione. Può significare altresì che nella composizione della Corte vi è una componente di estrazione politica, eletta dal Parlamento in seduta comune con maggioranza qualificata, e una componente di giudici di professione.

La sintesi che le mette insieme sta nel riconoscere la Corte costituzionale quale vera e propria istituzione "di confine" (Onida, 2006: 533), per cui ogni sua decisione - in special modo, come detto, nel sindacato sulle leggi, ma a ben guardare anche nei giudizi sui conflitti tra poteri e tra Stato-Regioni e in quelli sui referendum, - produce effetti ad ampio raggio, che trovano motivo generatore sempre nel *caso* sottoposto a giudizio, nel quale tuttavia, pur tornandovi, non si esauriscono (da ultimo, Scaccia, 2017c: 21-22¹²). Gli effetti dei giudizi della Corte muovono dalla vicenda concreta ma si proiettano nel si-

l'osservanza stessa dei principi costituzionali da parte dei poteri, non solo per quanto ha tratto ai contenuti delle decisioni che - nelle forme tipiche degli atti loro propri - i poteri stessi vanno ad adottare, ma anche per quanto concerne i comportamenti che nelle relazioni reciproche essi tengono, seppur prima e a monte dell'adozione di quelle decisioni".

¹² Precisa l'Autore: "il giudizio costituzionale trascende il giudizio a quo e lo assume solo come punto di partenza per mettere alla prova la tenuta della regolazione generale-astratta presente nella legge. Il giudizio della Corte non si sovrappone mai, né esaurisce i suoi effetti nella vicenda concreta, ma la assume nella sua universalizzabilità".

stema, incidendo ora nella forma di governo, ora nella forma di Stato, ora in entrambe. La Corte, con le sue decisioni, risolve il caso, ma (contestualmente) *impatta* nel sistema (Bognetti, 1990: 231-2).

Sta qui, in fondo, la differenza sostanziale che corre tuttora tra le Corti costituzionali (nazionali) e le Corti europee (sovrnazionali): se queste ultime operano in un ambiente che è senza Legislatore, senza Stato, senza Costituzione, almeno nelle accezioni tradizionali di questi termini, e possono anche aspirare a svolgere un'attività giurisdizionale neutrale, ovvero non (troppo) condizionata dal *politico* (Scaccia, 2017c: 26; vedi anche Balaguer Callejón, 2010¹³); solo le Corti costituzionali agiscono in uno spazio condizionato dall'immanenza della forma di governo e risentono dei limiti derivanti dal loro doversi, appunto, inserire in un sistema di equilibri istituzionali (Scaccia, 2017c, 26, Cartabia, 2015: 42) che loro stesse, con ogni decisione, contribuiscono costantemente a perfezionare.

Questa loro specifica, e ancora unica, posizione incide in maniera determinante sull'approccio delle Corti costituzionali alle questioni, e dunque, sulle tecniche di bilanciamento, argomentative e decisorie cui le stesse ricorrono.

Le due "anime" della giustizia costituzionale, quella politica e quella giurisdizionale, come ricordato da Antonio Ruggeri, concorrono entrambe "a darne l'identità e ad assicurarne la trasmissione nel tempo, componendosi tuttavia in un *mix* continuamente cangiante, a seconda delle vicende processuali e della posta in palio in ciascuna di esse ricorrente. Di modo che, qualunque dovesse essere il percorso intrapreso, esse dovranno pur sempre connotare, nella loro congiunta, inscindibile ed equilibrata composizione, le esperienze della giustizia stessa" (2016: 3). L'equilibrato dosaggio tra le due, che esige un rinnovamento continuo, consente di evitare "tanto la «politicizzazione» della

¹³ Qui l'A., nel mettere a confronto la funzione delle corti costituzionali nazionali e quella della Corte di Giustizia, ha sostenuto che quest'ultima "è qualcosa in più di una Corte costituzionale", 260. Infatti, mentre le Corti costituzionali, operando nello Stato costituzionale di diritto, cioè in un sistema che "si sviluppa sulla base dell'equilibrio fra tre agenti essenziali, e cioè costituente, legislativo e giurisdizionale, che interagiscono in un contesto previamente definito dalle disposizioni e dalle norme costituzionali", assumendo il ruolo di "fonte di produzione complementare dell'ordinamento giuridico", la Corte di Giustizia, dal canto suo, a fronte della "mancanza di un contesto costituzionale compiuto", deve esercitare "una autonoma funzione costituente in numerosi ambiti, 261. Ricorrendo a un gioco di parole, l'A. prosegue dicendo che "laddove la Corte di Giustizia ha contribuito allo sviluppo del sistema costituzionale, non ha agito come autentica Corte, bensì esercitando una funzione costituente, mentre (...) quando ha agito come autentica Corte, ciò è avvenuto in relazione ad un corpo normativo che non è diritto costituzionale in senso stretto", 261.

giurisdizione che la «giurisdizionalizzazione» della politica” (Cheli, 1996: 31)¹⁴.

I pericoli di fuga in avanti verso l’una o verso l’altra, sempre dietro l’angolo soprattutto quando quel contesto di sistema, al quale, per quanto appena detto, la Corte non deve essere indifferente, è attraversato da particolari frizioni (Romboli, 2016: 63; Tripodina, 2011), a loro volta riproduttive di determinate tensioni nel tessuto sociale, vanno arginati proprio utilizzando le due anime come rispettivi contro-poteri: e così l’ipotesi di chiudere nelle strette e rigide maglie della giurisdizione la scelta politica viene bilanciata dalla esigenza di preservare la discrezionalità della decisione politica, soprattutto quando questa è frutto di processi aperti, trasparenti e inclusivi (Scaccia, 2017c: 27), ricorrendo a una quantomai opportuna *judicial modesty* (Posner, 2012); così come quella di utilizzare tecniche decisorie nuove pur di decidere casi anche molto scottanti sul piano politico, deve trovare un freno proprio nel rispetto ossequioso delle procedure della giurisdizione.

La fase attuale non è immune da questi rischi: in uno scenario come quello che si è provato a delineare nei paragrafi precedenti, in cui tra potere politico e potere giurisdizionale corrono fibrillazioni riferibili a situazioni sistemiche nuove, il Giudice costituzionale può essere oggetto di un ulteriore rilascio di tensioni che inevitabilmente ne possono intensificare l’esposizione politica. La giurisprudenza degli ultimi anni, come ampiamente noto, offre diversi momenti in cui tali tensioni sono state avvertite in maniera più intensa (i notissimi casi relativi alle pronunce sulle leggi elettorali, nn. 1 del 2014 e 35 del 2017 e la altrettanto nota decisione n. 10 del 2015).

Per tutte queste ragioni il paradigma dell’agire della Corte deve essere la conoscenza, l’esperienza, ma anche l’equilibrio e la prudenza, in una parola la saggezza (Camerlengo, 2011). I giudici costituzionali *arrivano* alla decisione attraverso un variegato percorso, contraddistinto da un apporto plurale e composito, come dimostra anche la particolare composizione mista dell’organo. Non è una logica escludente quella che muove l’azione della Corte, quanto quella inclusiva nella quale il tutto deve assoggettarsi a complesse e raffinate operazioni di dosaggio e bilanciamento.

La cartina di tornasole del *modus operandi* della Corte, e presidio della sua giurisdizionalità, sono le argomentazioni a sostegno della motivazione della decisione che, come ricordato da Gaetano Silvestri, non è il contenitore di mere spiegazioni a favore delle parti, bensì di “comunicazioni rivolte alla co-

¹⁴ Ancora Ruggeri, 2016, 3, ribadisce che “lo squilibrio va, comunque, ad ogni costo evitato”.

munità, alla società, per dare ragione del perché i giudici abbiano deciso in un determinato modo” (2014: 757). In considerazione del fatto per cui l’obiettivo della Corte non è l’imporsi con l’autorità e la forza, quanto il convincere, esso sarà tanto più raggiungibile quanto più trasparente riesca a essere il confronto dialettico anche con argomentazioni di tipo diverso (Saitta, 1996). È su questo piano, in fondo, e non più su quello della natura democratico-rappresentativa (Zagrebel'sky, 1977: 97¹⁵; Guzzetta, 2004: 9¹⁶), che le Corti costituzionali si giocano la partita eterna della loro legittimazione.

b) tra ordine interno e ordine esterno

Anche per la giustizia costituzionale, la discussione deve scavalcare i confini nazionali, e proiettarsi nella ormai consueta dimensione sovranazionale, europea, e che punta persino a divenire globale (Zagrebel'sky – Marcenò, 2012, 63-64; Komárek, 2014). L’agire su scala sovranazionale da parte degli organi di giustizia costituzionale è fenomeno ancora in piena fase di sperimentazione. Se ciò esclude, per ora, giudizi definitivi sul quanto il nuovo *habitat* possa “pesare” sul significato e sul ruolo della giustizia costituzionale cui siamo abituati, non altrettanto può dirsi rispetto a parziali, ma significativi, approdi cui il processo di europeizzazione è giunto.

Nella nuova dimensione allargata, infatti, è davvero arduo per le singole Corti continuare a considerarsi, e ad operare, come organi “di chiusura”, dovendo esse, al contrario, riproporsi, in uno scenario relazionale a più interlocutori, come i più autorevoli canali di comunicazione, di scambio e di messa in rete, di materiali preziosissimi, che trovano sostanza nella ricchezza dei processi interpretativi delle Carte costituzionali. Un circolo e ricircolo tra *corti* (per di più non tutte della stessa natura, ma, di pari grado) e tra *carte* (Ruggieri, 2012: 290) che costituiscono un impervio labirinto nel quale però sono solo

¹⁵ Valga, per tutti, ricordare che Zagrebel'sky, 1977: 97, riproducendo la distinzione tra “democrazia come tipo di investitura dei soggetti” e “democrazia come tipo di funzione”, afferma che “si può ammettere che vi siano organi democraticamente formati che svolgono funzioni non democratiche (a- o anti-democratiche); ovvero organi non democraticamente formati che svolgono funzioni importanti per la democrazia”, tali essendo, nella democrazia liberali, “i giudici indipendenti, in genere, e i tribunali costituzionali, in specie”.

¹⁶ Secondo l’Autore, 9, “il problema della legittimazione (...) non si pone dunque nei termini tradizionali del rinvenimento di una giustificazione compensatoria del difetto di investitura democratico-rappresentativa, ma piuttosto, nei termini, qualitativamente differenziati, di una soluzione organizzativa idonea a favorire in concreto l’impianto e l’accettazione della funzione di controllo costituzionale, attraverso l’equilibrio ‘comunicativo’ tra i vari centri di potere pubblico”.

le Corti costituzionali nazionali, grazie soprattutto alle loro esclusive tecniche di giudizio, ad avere gli strumenti adatti per orientarsi (Barbera, 2018: 165-6).

La posizione apicale delle Corti costituzionali è sottoposta a un processo di risemantizzazione che ruota sempre attorno alla prospettiva di una tutela sistemica dei diritti. E così le Corti sono chiamate a svolgere una duplice funzione fondamentale: per un verso, quella atta a consentire, come detto ancora da Gaetano Silvestri, l'“ambientazione” all'interno del rispettivo ordinamento di principi magari formati, in modo complesso e coordinato, ad un livello sovranazionale (2014: 764); per un altro, e torna ancora il caso Taricco, si pongono quali custodi ultimi dei principi costituzionali supremi degli ordinamenti nazionali, seguendo tuttavia un metodo che, non rinunciando alla soluzione dialogica con la Corte di Giustizia (è stata sempre la Corte italiana, con l'ord. n. 24 del 2017, a risollecitare un nuovo intervento del Giudice europeo, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17 M.A.S e M.B.), fa delle stesse Corti costituzionali dei veri giudici europei (Barbera, 2018: 168).

Si ripresenta, su un versante nuovo e ulteriore, quella natura delle Corti costituzionali quali organi di confine, ora anche tra l'ordine interno e gli ordini sovranazionali e globali (Cassese, 2015: 30).

Questa proiezione sovrastatale delle Corti, questa messa in circolo rappresenta altresì “la migliore garanzia della ‘giurisdizionalità’ della Corte costituzionale (e dei suoi giudizi)” che si radica, dunque, proprio “nella disponibilità a rimettersi in discussione, a giocarsi (...) la partita alla pari, ponendo dal canto lo scettro del sovrano che, in gelosa ma angosciante solitudine, può e deve, in ultima istanza, decidere per tutti o su tutti” (Ruggeri, 2011: 372). Non a caso, appena cessato dalla carica di Giudice costituzionale, Sabino Cassese ha parlato di “fine della solitudine delle corti costituzionali” (Cassese, 2015), con ciò volendo porre in evidenza il cambio di *status* dei giudici costituzionali, non più solo giudici dell'ultima parola sul piano interno, ma giudici parte di una dimensione corale (tra corti) che comporta, per tutte loro, una responsabilità ulteriore nel loro modo di operare. Una responsabilità che deriva dalla consapevolezza di esser parte di un ordine più ampio nel quale non solo si interloquisce, si collabora, si compara, ma dove si è anche sottoposti a un sistema di controlli reciproci (Ruggeri, 2016: 12-13).

6. Conclusioni

Il complesso panorama di trasformazioni costituzionali in atto, e che nei limiti di questo contributo si è provato ad abbozzare, costringe già sin d'ora, ma probabilmente con intensità crescente da qui in avanti, a ripensare catego-

rie, ruoli e funzioni, anche quelle di garanzia, fatte proprie dal diritto pubblico.

In questo scenario, le tensioni tradizionali tra potere politico e potere giurisdizionale non sembrano destinate a scomparire, e non è detto che sia un male. Piuttosto si proietteranno lungo nuove traiettorie, rispetto alle quali l'esperienza delle Corti costituzionali, e la loro peculiare abilità nello stare sulle linee di confine, sarà sempre un fondamentale baluardo.

Con una certezza, almeno una, che non deve smarrirsi: che, “una costituzione mantiene forza e prestigio se i principi costituzionali costituiscono non solo trama e ordito per una sempre più ricca giurisprudenza, ma anche basi per decisioni “forti”, assunte da soggetti politici espressivi della sovranità popolare” (Barbera, 2016: 3).

Riferimenti Bibliografici

ÁLVAREZ ALONSO, Clara (1999). *Lecciones de historia del constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.

BACHOF, Otto (1959). *Grundgesetz e potere del giudice*, ora *Lo Stato* (2016), n. 6, 179 ss.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2010). Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea. In AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Roma, 27-28 ottobre 2006. Napoli: Jovene, 257 ss.

BALDASSARRE, Antonio (2007). “Una risposta a Guastini”. *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 3251 ss.

BALDASSARRE, Antonio (1991). “Costituzione e teoria dei valori”. *Politica del diritto*, n. 4, 639 ss.

BARAGGIA, Antonia (2017). “The ‘judicialization’ of emergency: the case of the Eurozone”, in www.diritticomparati.it, n. 2.

BARBERA, Augusto (2018), “La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia”. *Quaderni costituzionali*, n. 1, 149 ss.

BARBERA, Augusto (2016). *La Costituzione della Repubblica italiana*. Milano: Giuffrè.

BARBERA, Augusto (2008). “La rappresentanza politica: un mito in declino?”. *Quaderni costituzionali*, n. 4, 508 ss.

BARBERIS, Mauro (2012). *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*. Modena: Mucchi.

BARTOLE, Sergio (1998). “La Corte e i poteri”. *Quaderni costituzionali*, n. 1, 5 ss.

BASSU, Carla (2017). “Le nuove frontiere della rappresentanza politica”. *Percorsi costituzionali*, n. 1, 13 ss.

BASSU, Carla – CARBONI, Giuliana G. (a cura di) (2016). Rappresentanza e globalizzazione: atti del convegno dell’Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Sassari, Università degli studi, 16 ottobre 2015. Torino: Giappichelli.

BAUMAN, Zigmunt (2009). Identity in the Globalization World, in A. Elliott, P. du Gay, *Identity in question*. Thousand Oaks: Sage, 1 ss.

BAUMAN, Zigmunt (2005). *Vita liquida*, trad. it., Roma-Bari: Laterza.

BILANCIA, Francesco (2016). “Intervento in Giudici e legislatori”. *Diritto Pubblico*, n. 2, 571 ss.

BILANCIA, Francesco (2000). *La crisi dell’ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*. Padova: Cedam.

BIN, Roberto (2013). “Diritti, giudici e poteri”. *Quaderni costituzionali*, n. 4, 1049 ss.

BOBBIO, Norberto (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (2006). Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione, in Id., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino. Milano: Giuffrè, 625 ss.

BOGNETTI, Giovanni (2004). Relazione. In AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*. Padova: Cedam, 5 ss.

BOGNETTI, Giovanni (1990). La Corte costituzionale tra procedura e politica. In AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano: Giuffrè, 221 ss.

BOMBARDELLI, Marco (2016). “Intervento in “Giudici e legislatori”. *Diritto Pubblico*, n. 2, 507 ss.

CAMERLENGO, Quirino (2011). “La saggezza della Corte costituzionale”. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 647 ss.

CAPPELLETTI, Mauro (1984). *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè

CAPPELLETTI, Mauro (1968). *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano: Giuffrè.

CARAVITA, Beniamino (2008). “Identità europea, identità nazionali, identità locali: il senso e la direzione di una scommessa”. *Percorsi costituzionali*, n. 2-3, 67 ss.

CARETTI, Paolo (2016a). La giustizia arbitrale: una riflessione sulla legit-

timazione della giurisdizione. In AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I. Torino: Giappichelli, 446 ss.

CARETTI, Paolo (2016b). Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio, in A. Cardone – F. Donati – M.C. Grisolia – G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 9 ss.

CARTABIA, Marta (2015). “Diritti, giudizi e conflitti”. *Ars interpretandi*, n. 1, 33 ss.

CASCAJO CASTRO, José Luis – MARTÍN DE LA VEGA, Martin (coord.) (2016). *Participación, representación y democracia : XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch

CASSESE, Sabino (2015). “Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino”. *Ars interpretandi*, n. 1, 21 ss.

CASSIRER, Ernst (1944). *An Essay on Man – An Introduction to a Philosophy of Human Culture*, New York: Doubleday Anchor Books.

CHELI, Enzo (1996). Valori costituzionali e controllo di costituzionalità: la prospettiva comparatistica. In Id., *Il giudice delle leggi*. Bologna: Il Mulino, 111 ss.

CHESSA, Omar (2014). *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*. Milano: Franco Angeli.

CHESSA, Omar (2005). “Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica”. In V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi decisione politica*. Torino: Giappichelli, 17 ss.

COSTA, Pietro (2006). *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane.

COSTA, Pietro (1991). “L’interpretazione della legge: Francois Géný e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. XX, 367 ss.

CRISAFULLI, Vezio (1984). “La Corte ha vent’anni”. In N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*. Padova: Cedam, p. 69 ss.

D’ALESSANDRO, Lucio (2008). *Decisione del legislatore e interpretazione del giudice. Genealogia di un’utopia permanente*. Napoli: Arte Tipografica.

DE LOS MOZOS, J.L. (1991). “Algunas reflexiones a proposito de la teoría de la interpretación en la obra de Francois Géný”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. XX, 119 ss.

DOGLIANI, Mario (1994). *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

- DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- ELIA, Leopoldo (1982). “La Corte nel quadro dei poteri costituzionali”. In P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna: Il Mulino, 515 ss.
- ELLIOTT, Anthony (2007), *Concepts of the Self*, Cambridge, trad. it., 2010. *I concetti del sé*, Torino: Einaudi.
- ELLIOTT, Anthony – DU GAY, Paul (2009). *Identity in question*, New Delhi: Sage.
- FIORAVANTI, Maurizio (2016). “Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione”. *Quaderni costituzionali*, n. 1, 7 ss.
- FIORAVANTI, Maurizio (1993). *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: Giappichelli.
- FIORAVANTI, Maurizio (1980). “Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. IX, 319 ss.
- FROSINI, Tommaso (2017). “La lotta per il costituzionalismo”. *Percorsi costituzionali*, n. 1, 3 ss.
- GÉNY, Francois (1899). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1-2. Paris: A. Chevalier-Marescq.
- GIUFFRÈ, Felice (2016). “Le Autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione”, in I.A. Nicotra (a cura di), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*. Torino: Giappichelli, 9 ss.
- GONZÁLEZ, F. – FERNANDEZ-ALBERTOS, J. – DAMIANI, G. (ed.) (2017), *Quién manda aquí?: la crisis global de la democracia representativa*. Barcelona: 2017
- GROPPI, Tania (2012). “La genesi della giustizia costituzionale negli ordinamenti di matrice britannica”. In R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze, modelli. Giornate di Diritto e Storia costituzionale ‘Atelier 4 luglio – G.G. Florida’*, III. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 47 ss.
- GROSSI, Paolo (2016). “Per un diritto amministrativo del tempo post-moderno”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 45, 9 ss.
- GROSSI, Paolo (1991). “Pagina introduttiva (ripensare Gény)”. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. XX, 1 ss.
- GROSSO, Enrico (1997). *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*. Padova: Cedam.
- GUZZETTA, Giovanni (2004). Relazione introduttiva. In A. Anzon – G. Azzariti – M. Luciani (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino: Giappichelli, 3 ss.

HALL, Stuart – DU GAY, Paul (edited by) (1996). *Questions of Cultural Identity*, Thousand Oaks: SAGE.

HART, Herbert L.A. (1958). “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review*, n. 71, 593 ss.

HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge (Mass.) – London: Harvard University Press.

HUSSERL, Gerhart (1955). *Diritto e tempo*, ed. 1998, a cura di R. Cristin, Milano: Giuffrè.

KELSEN, Hans (1965). “Was ist juristischer Positivismus?” *Juristenzeitung*, 465 ss.

KILPATRICK, Claire (2015). “Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry”. *Eui Working Paper Law*, n. 43.

KOMÁREK, Jan (2014). “National constitutional courts in the European constitutional democracy”. *International Journal of Constitutional Law*, n. 3, 525 ss.

LANEVE, Giuseppe (2014). *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I. Interpretazione costituzionale e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*. Bari: Cacucci.

LANEVE, Giuseppe (2012a). “L’interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all’interno di un sindacato (che resta) accentrato”. In B. Caravita, (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*. Napoli: Jovene, 3 ss.

LANEVE, Giuseppe (2012b). “Istruzione, identità culturale e costituzione: le potenzialità di una relazione profonda, in una prospettiva interna ed europea”. *Federalismi.it*, n. 24.

LEONI, Bruno (1994). *La libertà e la legge*. Ristampa 2017, Macerata: Liberlibri

LUCIANI, Massimo (2016). “Interpretazione conforme a Costituzione”, *ad vocem, Enc. dir., Annali IX*, Milano: Giuffrè.

LUCIANI, Massimo (2012). “Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)”, *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 3823 ss.

LUCIANI, Massimo (2001). “Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato”. In N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Milano: Giuffrè, p. 109 ss.

MARTINES, Temistocle (1957). *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*. Milano: Giuffrè.

MATTEUCCI, Nicola (1988). *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*. Torino: UTET.

MCILLWAIN, Charles H. (1990). *Costituzionalismo antico e moderno*, ed. it. a cura di N. Matteucci. Bologna: Il Mulino

MEZZANOTTE, Carlo (1984). *Corte costituzionale e legittimazione politica*. Ora ried. 2014, Napoli: Editoriale Scientifica.

MODUGNO, Franco (1982). Corte costituzionale e potere legislativo. In P. Barile – E. Cheli – S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna. Il Mulino, 19 ss.

MODUGNO, Franco – CELOTTO, Alfonso – RUOTOLO, Marco (1999). Considerazioni sulla «crisi» della legge. *Studi parlamentari di politica costituzionale*, n. 125-6, 7 ss.

MORRONE, Andrea (2016). Globalizzazione e trasformazioni costituzionali. In AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II. Torino: Giappichelli, 1471 ss.

MORTATI, Costantino (1962). Costituzione (Dottrine generali), *ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè.

NEUMANN, Franz Leopold (1973). *Lo stato democratico e lo stato autoritario*. Bologna: Il Mulino

ONIDA, Valerio (2006). Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione di ‘confine’ fra diritto nazionale e sovranazionale. In N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 533 ss.

PIOGGIA, Alessandra (2016). “Intervento in Giudici e legislatori”. *Diritto Pubblico*, n. 2, 540 ss.

POSNER, Richard A. (2012). “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”. *California Law Review*, n. 3, 519 ss.

PRISCO, Salvatore (2016). Rigore è quando arbitro fischia? Spunti di “ragionevole” scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione. In AA.VV., *Libri amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia*. Napoli: Editoriale Scientifica, 633 ss..

RESCIGNO, Giuseppe Ugo (2016). “Intervento in Giudici e legislatori”. *Diritto Pubblico*, n. 2, 488 ss.

RIDOLFI, Andrea (2016). “Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra Corti”. www.rivistaaic.it, n. 3.

ROMBOLI, Roberto (2016). In margine alla lectio magistralis di Paolo Carretti «Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio». In A. Cardone – F. Donati – M.C. Grisolia – G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un*

nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 59 ss.

ROSSEAU, Dominique (1992). *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien.

RUGGERI, Antonio (2017). “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*”. *Lo Stato*, n. 8, 293 ss.

RUGGERI, Antonio (2016). “Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica”, *federalismi.it*, n. 25.

RUGGERI, Antonio (2014). “Lo Stato costituzionale e le sue ‘mutazioni genetiche’”. *Quaderni costituzionali*, n. 4, p. 837 ss.

RUGGERI, Antonio (2012). Rapporti tra Cedu e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XV, Studi dell’anno 2011*, Torino: Giappichelli, 283 ss.

RUGGERI, Antonio (2011). Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee. In R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010, Torino: Giappichelli, 349 ss.

RUGGERI, Antonio (2010). “È rimediabile il disordine delle fonti?” In ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XIII, Studi dell’anno 2009*. Torino: Giappichelli, 415 ss.

RUGGERI, Antonio (2007). “Teorie e ‘usi’ della Costituzione”. *Quaderni costituzionali*, n. 3, 519 ss.

RUGGERI, Antonio (2000). Indirizzo politico e giustizia costituzionale nel pensiero di T. Martines, in M. Ainis – A. Ruggeri – G. Silvestri – L. Ventura (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant’anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano: Giuffrè, 287 ss.

SAITTA, Antonio (1996). *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*. Milano: Giuffrè.

SANDULLI, Aldo M. (1983). “La Corte e la politica”. *Diritto e Società*, 393 ss.

SCACCIA, Gino (2017a). “Constitutional Values and Judge-Made Law”. *The Italian Law Journal*, n. 1, 177 ss.

SCACCIA, Gino (2017b). “Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico”. *www.rivistaaic.it*, n. 3.

SCACCIA, Gino (2017c). “Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee”. *www.rivistaaic.it*, n. 3.

SCARPELLI, Umberto (1997). *Cos'è il positivismo giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

SCHMITT, Carl (1978). "Die Legale Weltrevolution: Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität". *Der Staat*, n. 3, 321 ss.

SEN, Amartya K. (2006). *Identità e violenza*. Roma-Bari: Laterza

SILVESTRI, Gaetano (2016). Magistratura e politica: quale equilibrio?, in A. Cardone – F. Donati – M.C. Grisolia – G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. *Lectio magistralis* di Paolo Caretti. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 43 ss.

SILVESTRI, Gaetano (2014). "La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista a cura di Diletta Tega". *Quaderni costituzionali*, n. 3, 757 ss.

SORRENTI, Giusi (2006). *L'interpretazione conforme a Costituzione*. Milano: Giuffrè

SPADARO, Antonino (2017). "Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto". *Lo Stato*, n. 8, p. 139 ss.

TRIPODINA, Chiara (2011). Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti. In R. Balduzzi – M. Cavino – J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010, Torino: Giappichelli, 1 ss.

VON BOGDANDY, Armin (2011). *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*. Napoli: Editore Scientifico.

VON GIERKE, Otto F. (1908). La escuela histórica del derecho y los Germanistas. In AA.VV., *La escuela histórica del derecho: documentos para su estudio por Savigny, Eichhorn, Gierke, Stammler*, trad. a cura di R. Atard. Madrid: Librería, p. 107 ss.

WALDRON, Jeremy (2001), *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*. Milano: Giuffrè

ZAGREBELSKY, Gustavo (2008). *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

ZAGREBELKY, Gustavo (2004). Diritto Legge Costituzione, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Napoli: Jovene, 2223 ss.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1982). La Corte costituzionale e il legislatore. In P. Barile – E. Cheli – S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna. Il Mulino, 103 ss.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1977). *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino

ZAGREBELSKY, Gustavo – MARCENÒ, Valeria (2012). *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

ZANON, Nicolò (2018), “Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo «La libertà e la legge» di Bruno Leoni”. *Quaderni costituzionali*, n. 1, 253 ss.

ZANON, Nicolò (2015). “Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione”. *Quaderni costituzionali*, n. 4, 919 ss.

THE RIGHT TO FREE ELECTIONS AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS A GUARDIAN OF THE EUROPEAN DEMOCRATIC REGIMES

*Letizia Seminara**

SUMMARY: 1. The right to vote and public institutions. – 1.1. The right to vote in the series of interdependent notions of free elections – democratic regime – fundamental rights. – 1.2. The limitations to the exercise of the right to vote and the conditions of restrictions: the limits of political pluralism. – 2. The right to vote and the individuals. – 2.1. The interactions between the eligible and the individuals. – 2.2. The interactions among the electors and among the candidates.

According to Encyclopaedists, the vote “is the political right par excellence and it is strictly related to the notions of democracy, sovereignty and citizenship”. The encyclopaedias also explain that vote existed already in Ancient times and the Middle Ages, but the idea of vote as an individual right was accepted only with the consolidation of modern constitutionalism and the right to equality.¹ Some scholars considered later the vote as an exclusive quality of constitutionalism and therefore someone tried, with success, to exclude it from the draft of the European Convention on Human Rights with the consequence that the right to vote was only included in the First Additional Protocol of 1952.

The arguments presented by the representative of the United Kingdom, Sir Oscar DOWSON, to exclude that right from the text of the Convention (an international agreement) were the following: “The United Kingdom Government desires the deletion of that part of this Article which includes the undertakings regarding machinery of elections and the right of political opposition. It may be explained that the proposals in this Article relating to those matters, are of a constitutional and political character, and, in the view of the United Kingdom Government, are not appropriate for inclusion within the proposed Convention. The practical difficulties which would be raised by the inclusion of such an Article are numerous. The following may be mentioned: a. The impossibility of reaching agreement on what precisely are the fundamental principles of democracy; b. It is probable that the suffrage is as wide in the United Kingdom as in any other country; yet even in the United

* PhD, Sapienza University of Rome and University of Strasbourg.

¹ See, “Diritto di voto”, in *Enciclopedia Treccani*. Our translation.

Kingdom it is inaccurate to speak of the suffrage as ‘universal’. In no State is the right to vote enjoyed even by citizens without qualifications. The qualifications required differ from State to State, and it is our view that the variety of circumstances to be considered may justify the imposition of a variety of qualifications, as a condition of the exercise of suffrage; c. Universal suffrage and secret ballot cannot always and of necessity ensure that governmental action and legislation is an expression of the will of the people. The phrase used in paragraph 1 accordingly is a rather misleading oversimplification”.²

It is noteworthy that, nevertheless, other members of the Committee of Experts to whom the project of the Consultative Assembly of the Council of Europe had been submitted were, on the contrary, of the opinion that the terms ‘universal suffrage’ had a sufficiently clear and precise sense in the European countries and that those words did not exclude restrictions of the right to vote which were usual, considering that it constitutes an important guarantee that should be protected by the Convention, even if universal and secret suffrage is not an absolute assurance of democracy.³ Whilst the position of the majority of these members would have reached at present much more adherence, the story tells that following a strong opposition lead by TEITGEN within the Consultative Assembly,⁴ the representative of the United Kingdom was successful in excluding this right from the main text of the ECHR, the right to free elections being included only in the text of the First Additional Protocol which foresees, at Article 3, that the High Contracting Parties “undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”.

² See, ECtHR, *Preparatory work on Article 3 of Protocol n. 1 to the European Convention on Human Rights*, Information document prepared by the registry, 5 September 1986, Cour (86) 36, p. 8.

³ *Ibidem*, p. 11.

⁴ Teitgen’s answer was very strong: “Si le gouvernement de Sa Majesté britannique ne voulait, ni de la garantie du droit de propriété, ni de la garantie du droit des parents à la libre éducation de leurs enfants, ni de la garantie de libres élections, il avait au surplus un moyen élégant de s’en tirer: il n’était pas nécessaire d’opposer le veto du gouvernement britannique au sein du Comité des Ministres, il suffisait de ratifier la Convention, puis, à titre individuel, de dire, dans l’instrument de ratification, que le gouvernement de sa Majesté britannique n’acceptait pas de contrôle de la Commission en ce qui concerne le droit de propriété, le droit des parents et le droit à de libres élections. Alors on aurait su que les Britanniques, au moins, n’empêchaient pas les autres de garantir ces droits fondamentaux, qu’ils se contentaient de s’y opposer pour leur compte. Est-ce alors le scandale qu’on a voulu? Nous sommes en droit de poser la question. Elle est grave. [...]”.

More than thirty years were then necessary for the Court, to recognize in its famous *Mathieu-Mobin and Clerfayt v. Belgium*, that this provision has a capital importance within the Convention's system, as it enshrines a "characteristic principle of democracy" because, according to the Preamble of the Convention, fundamental rights and freedoms are best maintained by an effective political democracy. The Court also established on that occasion that the Convention guarantees, in this regard, a subjective right to participate, such as the right to vote and the right to stand for election to the legislature. The latter is not necessarily understood as the national Parliament, but also accordingly to the constitutional structure of the State concerned.⁵

The ECtHR acknowledged in that judgment that the rights in question are not absolute and that "implied limitations" may be applied. States could, therefore, apply in their domestic systems, conditions to which Article 3 of the First Protocol does not oppose, provided that they "do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate". In particular, as the Court established, "such conditions must not thwart 'the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature'".⁶

The Court has repeatedly observed that States enjoy a wide margin of appreciation in this field, even if it is for the Court to determine, at the last resort, whether those requirements have been complied with.⁷ Regardless of the Court's statements in its jurisprudence, that margin of appreciation seems to be notably reduced in cases where it finds a real danger for the maintenance of the democratic regime concerned. It has somehow settled itself as a guardian of the European democracies, through its role in the protection of human rights and fundamental freedoms. In the current global era where civil society has acquired as much as (or more) power than States, the referred threats may derive not only from the limitations of public institutions to the exercise of this right (Part 1) but also from situations created by individuals and other private actors, especially through the development of new communication technologies. Therefore, in these circumstances the right to free elections must be re-interpreted and guaranteed, not only in relation to the public institutions but also with regard to the actions of private actors,

⁵ See, *Mathieu-Mobin and Clerfayt v. Belgium*, 2 March 1987, Application n. 9267/81, §46-53.

⁶ *Ibidem*, §52.

⁷ In the first place, see *Mathieu-Mobin and Clerfayt*, above, and recently, *Paunović and Miliwojević v. Serbia*, 24 May 2016, Application n. 41683/06, §59, where the Court confirms that the margin of appreciation in this field is wide.

with particular reference to the obligations put on States under Article 3 of the First Protocol. It is possible to make such a re-interpretation of the right to free elections in the context of the European Convention on Human Rights for the reason that, as the Court has recognised, this provision puts on States both negative and positive obligations to hold democratic elections.⁸ These obligations, as it is the constant jurisprudence of the Court, can be translated into the obligation of States to take measures, also with reference to the actions of private actors, to avoid illegitimate interferences with the rights enshrined by the Convention (Part 2).

1. *The right to vote and public institutions*

The vote is within the framework of the ECHR's law, in first place (but not only) a right that can be invoked against the State, which is obliged "to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature". In that regard, the right to vote takes its place in the ECHR as a right that can be claimed against the public institutions, that exercise their authority on the basis of the popular sovereignty. The exercise of that sovereignty is therefore legitimated by the fact that it derives from the free expression of the opinion of the people and it is only in that measure that it is legitimate. The vote is therefore a factor of legitimation of the democratic regime but, as a fundamental right, it is at the same time a factor of limitation of the power of public authorities. The latter can be exercised, if necessary limiting that right on the condition that certain requirements are respected. These requirements are defined by States in the exercise of their sovereignty including, as it is the case for the ECHR, at conventional (i.e. international) level.⁹ Free elections legitimate therefore the democratic regime and the latter is limited at the same time by the requirements of the safeguard of fundamental rights. The three concepts constitute therefore a series of notions that are interdependent and that are worth examining.

1.1. *The right to vote in the series of interdependent notions of free elections – democratic regime – fundamental rights*

The place of the right to vote in the series of interconnected notions of free elections, democratic regime and fundamental freedoms, has been

⁸ See, *Mathieu-Mobin and Clerfayt*, above, §50.

⁹ For the question of democratic legitimacy in international law, see HUET, 2006: 547-573.

illustrated by the European Court of Human Rights in the abovementioned *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, where it established that the right to free elections, which contains the active and the passive right to vote, enshrines a principle which characterises the effective democratic political regime sought by the Preamble of the Convention. The Court further observed that the protection of fundamental freedoms is essentially based on such a regime. This relationship of interdependence has been later highlighted in *Ždanoka v. Latvia*, where the Court recalled not only that democracy represents a fundamental element of the European public order, as it results from the Convention's Preamble that clearly relates democracy to the Convention, but also that the Convention is aimed to safeguard those ideals and values of a democratic society.¹⁰

The rights enshrined by Article 3 of the First Protocol can be positioned among this series of concepts because the Court considers them as “crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy governed by the rule of law”,¹¹ and also because, as it has been observed, the protection of human rights generally depends on free and equal elections, as the responsibility to respect national and international obligations in this field is in the competence of the resulting government (O'BOYLE, 2008:13).

This does not imply that it is for the ECtHR to determine, in the place of States, which electoral system the latter should adopt. In the abovementioned *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, the Court has indeed observed that Article 3 does not entail the obligation to introduce a certain electoral system, as proportional representation or majority voting with one or two ballots. The Court has recognised to the States a wide margin of appreciation in this field “given that their legislation on the matter varies from place to place and from time to time”¹² and it is also comprehensive about the difficulties that the States can find to opt for one or another system, recognising that the electoral systems “seek to fulfil objectives which are sometimes scarcely compatible with each other: on the one hand, to reflect fairly faithfully the opinions of the people, and on the other, to channel currents of thought so as to promote the emergence of a sufficiently clear and coherent political will”.¹³ As O'BOYLE put it, “the Court's approach reveals a certain caution or prudence in imposing a Strasbourg view of how the national constitutional order should

¹⁰ See, *Ždanoka v. Latvia* [GC], 16 March 2006, Application n. 58278/00, §98. For a comment on this judgment, see JACQUEMOT, 2008: 195-222.

¹¹ See, *Ždanoka v. Latvia*, above, §103.

¹² See, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, above, §54.

¹³ *Ibidem*.

function in place of that chosen by the ‘people’ through national institutions” (2008: 3).

According to the Court, each electoral system “must be assessed in the light of the political evolution of the country concerned; features that would be unacceptable in the context of one system may accordingly be justified in the context of another, at least so long as the chosen system provides for conditions which will ensure the ‘free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature’”.¹⁴ Such an approach of ‘variable geometry’ which admits different levels of progress among the electoral systems of the countries, has been particularly adopted with the inclusion of the new Central and Eastern Europe democracies in the Council of Europe, as the Court required to these countries specific conditions that had not been considered as necessary for the old Western democracies.¹⁵ On the other hand, the principle has been evoked on other occasions. In *Hirst v. the United Kingdom (n. 2)*, the Court had to assess the ‘specificity’ of certain democratic regimes of Western Europe, recognising that “[t]here are numerous ways of organising and running electoral systems and a wealth of differences, *inter alia*, in historical development, cultural diversity and political thought within Europe which it is for each Contracting State to mould into their own democratic vision”, but at the same time setting limits, such as the universality of suffrage from which derives the prohibition of the general and automatic exclusion from vote for certain categories of individuals, such as prisoners.¹⁶

It is also in this context that the Court, referring to the European Parliament – which had been excepted by the British law from the extent of the Article 3- observed in its famous judgment in *Matthews v. the United Kingdom*, that, “[t]o the extent that Contracting States organise common constitutional or parliamentary structures by international treaties, the Court must take these mutually agreed structural changes into account in interpreting the Convention and its Protocols”.¹⁷ It considered on that

¹⁴ See, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, above, §54.

¹⁵ For an example, compare the case of *Occetto v. Italy* (decision), Application n. 14507/07, to the recent *Paunović and Milivojević v. Serbia*, cited above, where the Court, on a very similar matter as it is the subscription of documents foreseeing in advance the discharge of an elected candidate, assessed differently the legal framework within which that discharge is acceptable. As a result, in the first case the discharge was consented by the Court, whilst it was disapproved and therefore declared incompatible with Article 3 of the First Protocol in the other case.

¹⁶ See, *Hirst v. the United Kingdom (n. 2)* [GC], 6 October 2005, Application n. 74025/01, §61-62.

¹⁷ See, *Matthews v. the United Kingdom*, 18 February 1999, Application n. 24833/94, §39. For the judgment, see COHEN-JONATHAN, 1999: 637-657.

occasion that the argument of the Government aiming to establish that the European Parliament fell outside the scope of this provision because it is a supranational entity, risked “undermining one of the fundamental tools by which ‘effective political democracy’ can be maintained”.¹⁸ This led the Court to consider that “the European Parliament represents the principal form of democratic, political accountability in the Community system” and that it “must be seen as that part of the European Community structure which best reflects concerns as to ‘effective political democracy’”,¹⁹ considering this institution, therefore, as a legislative body in the sense of Article 3 of the First Protocol.

In such a system the Court sets itself up as the guardian of the European democratic regimes, putting the safeguard of the political pluralism so appreciated by democratic regimes and, also, by the protection of fundamental rights, as a limit for the exercise of public powers in this field. But such a role of guardian of the European democracies involves also the recognition, by the Court, that certain limitations to this right may legitimately apply, provided that a number of requirements are respected. The Court controls, in the last resort, the respect of those requirements.

1.2. The limitations to the exercise of the right to vote and the conditions of restrictions: the limits of political pluralism

The framework within which an effective democratic regime is entirely achieved is the universal suffrage, that is now, as the Court established in *Hirst*, the “basic principle”.²⁰ A number of conditions can be none the less put to the exercise of the active and passive vote and, in that regard, the Court has recognised that conditions of age, citizenship or residence, may be determined by States,²¹ that shall, in any case, be conciliated with the principles underlying Article 3 of the First Protocol, because every derogation to the principle of universal suffrage risks to undermine the democratic validity of

¹⁸ *Ibidem*, §43-44.

¹⁹ *Ibid.*, §52.

²⁰ See, *Hirst v. the United Kingdom (n. 2)* [GC], 6 October 2005, Application n. 74025/01, §59. See, for the universality of suffrage, EUDES, 2006: 575-595.

²¹ See, *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece* [GC], 15 March 2012, Application n. 42202/07. Refer, also, to the condition for candidates according to which the knowledge of the working language of the parliament was required, in *Podkolzina v. Latvia*, 9 April 2002, Application n. 46726/99, even if in the case at hand the Court disapproved the limitation because the test to which the candidate had been subjected did not respond to a condition legally required on the eligibility of candidates.

the elected legislative body and of the laws promulgated by the latter.²² It is for the Court, “to determine in the last resort whether the requirements of Protocol No. 1 (P1) have been complied with”.²³ The ECtHR assumes a decisive role in the construction of a European effective democratic order (NATALE, 2006: 435-465) through this last resort assessment role.

If the margin of appreciation of States is wide in this field, it is not unlimited. The Court does not interfere with the choice of the political system of the different States and leaves a wide margin of appreciation on the conditions that should be put to the exercise of the rights enshrined by Article 3 of the First Protocol, but it guarantees the respect of the minimum standards established by that provision. It takes particularly account of two criteria in assessing whether a condition is compatible with the Convention: on the one hand, it evaluates whether the act in question is an arbitrary act; on the other hand, it examines whether that limitation undermines the free expression of the opinion of the people.²⁴ In a number of recent judgments, the Court has also referred to the necessity of legality of those limitations.²⁵

The limits, as the Court has demonstrated, are those fixed by the existence of political pluralism. In *Saccomanno and Others v. Italy*, for instance, the Court declared inadmissible the application in the name of the wide margin of appreciation of the State, refusing to deliver a judgment on the system of ‘ordered lists’ which did not allow the applicants to express a preference for a particular candidate in the legislative elections.²⁶ However, if the limitations are determined in such a manner to undermine the pluralist democratic regime of the State concerned, the Court rejects them because, as it has been observed in academic literature, the requirement of political pluralism compels it to watch over the institutional regime of the democratic society (BONDIA, 2010: 109). Consequently, the Court does not admit limitations

²² See, *Aziz v. Cyprus*, 22 June 2004, Application n. 69949/01, §28.

²³ See, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, above, §52.

²⁴ See, *Ždanoka v. Latvia* [GC], above, §115.

²⁵ See, *Yabloko Russian United Democratic Party and Others v. Russia*, 8 November 2016, Application n. 18860/07, as regards the legal foreseeability of the measure; *Paunović and Miliwojević v. Serbia*, 24 May 2016, Application n. 41683/06, and, in particular, *Karimov v. Azerbaijan*, 25 September 2014, Application n. 12535/06, §42, where the Court established that the principle of legality implies for the State a duty to implement a legislative framework in order to respect the obligations derived, in general, from the Convention and, in particular, from Article 3 of the First Protocol, as well as the duty to ensure that the public officials responsible for the implementation of those obligations do not act illegally, but exercise their powers in conformity with the legal norms applicable.

²⁶ See, *Saccomanno and Others v. Italy* (decision), 13 March 2012, Application n. 11583/08.

based, for instance, on the national origin²⁷ or on the only circumstance that the candidate is a double national.²⁸ It is noteworthy that the Court considered in *Melnychenko v. Ukraine* that, although the Contracting States have a wide margin of appreciation to determine *in abstracto* the conditions of eligibility, the principle of effective protection of rights requires that the procedure that allows to determine conditions of eligibility is accompanied by sufficient guarantees to avoid arbitrary acts.²⁹

Even the exclusion from the parliamentary mandate constitutes a limitation of the right to vote involving a violation of the Convention, if it is not proportionate to a legitimate purpose, as it was the case in *Party for a democratic Society (DTP) and Others v. Turkey*.³⁰ That exclusion is sometimes incompatible with the substance of the right to be elected or to exercise his own mandate enshrined by Article 3 of the First Protocol and may undermine the sovereign power of the electorate that elected that member of parliament.³¹ As regards that sovereign power of the electorate, the Court has observed in *Riza and Others v. Bulgaria*, that the right to active vote does not limit only to the choice of the favourite candidate in the secret of the voting booth and to the act of inserting the own ballot paper in the ballot box, but it entails also the possibility for each voter to see his own vote influence the composition of the legislative body, provided that the rules established by the electoral legislation are respected. According to the Court, to admit the contrary would lead to impair the very essence of the right to vote, the electoral process and the democratic order itself.³²

A good example of the limits admissible in this field is the recent judgment *Šlaku v. Bosnia and Herzegovina*, where the Court took into account the differences among the electoral systems. The Court was called to decide on the provisions of the Constitution, according to which only the persons who declared affiliation to the “constituent people”, i.e. the persons declaring affiliation with Bosnians, Croatian and Serbs, were allowed to stand for the elections of the Parliament and to the Presidency of Bosnia and Herzegovina. The Court considered that, although the constitutional provisions concerned had been adopted with the aim to put a term to a brutal conflict marked by

²⁷ See, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina* [GC], 22 December 2009, Applications n. 27996/06 and n. 34836/06; *Aziz v. Cyprus*, above.

²⁸ See, *Tanase v. Moldova* [GC], 27 April 2010, Application n. 7/08.

²⁹ See, *Melnychenko v. Ukraine*, 19 October 2004, Application n. 17707/02, §59.

³⁰ See, *Party for a Democratic Society (DTP) and Others v. Turkey*, 12 January 2016, Applications n. 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, 39118/10 and 37272/10.

³¹ *Ibidem*, §127.

³² See, *Riza and Others v. Bulgaria*, 13 October 2015, Applications n. 48555/10 and 48377/10, §148.

genocide and ethnic cleansing and that this required the approval of such provisions to guarantee peace, now, more than eighteen years after the end of that tragic conflict, there was no more reason to maintain the contested constitutional provisions. Interesting, the Court also expected that, in the application of Article 46 of the Convention, democratic arrangements will be made without further delay.³³

Yet, also political pluralism finds its limits, and the Court admits the latter to protect democracy from acts that aim to destroy it. Already in *Hirst*, the Judges in Strasbourg recalled that that standard of tolerance does not prevent a democratic society to take measures to protect itself from the activities that aim to destroy the rights and freedoms enshrined by the Convention. Article 3 does not impede therefore that limitations are applied to the electoral rights of an individual who has, for instance, abused of a public position or has acted in a way to endanger the rule of law or the basis of democracy.³⁴

Such a principle is recognised by the Court in the light of the specific problems that each democratic regime faces in its own domestic order. In the above cited *Ždanoka*, the Court considered that the legislative measure that prevented the applicant from standing for the Latvian Parliamentary elections because he had actively participated in the activities of the communist party, that had organised and orchestrated a coup d'état, was not arbitrary or disproportionate and did not constitute a violation of the right to free elections. But judges in Strasbourg circumscribed that assessment to that single political system, specifying that, “[w]hile such a measure may scarcely be considered acceptable in the context of one political system, for example in a country which has an established framework of democratic institutions going back many decades or centuries, it may nonetheless be considered acceptable in Latvia in view of the historico-political context which led to its adoption and given the threat to the new democratic order posed by the resurgence of ideas which, if allowed to gain ground, might appear capable of restoring the former regime”. However, the Court made it clear that this

³³ See, *Šlaku v. Bosnia and Herzegovina*, 26 May 2016, Application n. 56666/12, §40. See, in particular, the following consideration: “[...] In view of the need to ensure effective political democracy, the Court considers that the time has come for a political system which will provide every citizen of Bosnia and Herzegovina with the right to stand for elections to the Presidency and the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina without discrimination based on ethnic affiliation and without granting special rights for constituent people to the exclusion of minorities or citizens of Bosnia and Herzegovina [...]”. See, before, *Zornić v. Bosnia and Herzegovina*, 15 July 2014, Application n. 3681/06, and *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], 22 December 2009, Application n. 27996/06 and 34836/06.

³⁴ See, *Hirst v. the United Kingdom* (n. 2) [GC], above, §71.

measure had to be subject to a constant surveillance and that it must be brought to an early end.³⁵

Actually, the protection of the democratic order is for the Court, as it has established in *Etxebarria and Others v. Spain*, a legitimate purpose for the limitation of the right to vote, but it is necessary also that that limitation is proportionate to that purpose in order to be compatible with the Convention. In the case at hand, the Spanish authorities had annulled the candidatures of the applicants who intended to continue with the activities of Batasuna and Erri Batasuna, which had been previously dissolved for their support of violence and of the activities of the terrorist organisation ETA.³⁶ The Court noted that the political framework existent in Spain which was characterised by the presence of independentist political parties in the government bodies of certain autonomous communities and, in particular, in the Basque Country, proved that the measure contested did not respond to the intention of prohibiting all the manifestations of separatist ideas and, recalling its jurisprudence according to which the expression of separatist points of view does not imply by itself a danger to the territorial integrity of the State and to the national security, it considered that that jurisprudence must be respected in the case at hand. The Court concluded that the limitation was proportionate to the legitimate purpose pursued and that, since it was not

³⁵ See, *Ždanoka*, above, §133-136. It is worth noting that the decision was not taken at unanimity, but by 13 votes to 4. See, in particular, the partially dissenting vote of Judge Rozakis, for whom: “The election of parliamentarians to express their electorate’s expectations lies at the core of a representative democracy, whatever their opinions are, and however displeasing these latter are to other strata of society. In a system of sound democratic governance the criterion of eligibility cannot be determined by whether a politician expresses ideas which seem to be acceptable to the mainstream of the political spectrum, or loyal to the established ideologies of the State and society, but by the real representativeness of his or her ideas vis-à-vis even a very small segment of society. Accordingly, if a politician is prevented from representing part of society’s ideas, it is not only he or she who suffers; it is also the electorate which suffers, it is democracy which suffers”. We will share appraisal made by Judge Rozakis in its abstract conception, reporting also the assessment of the concrete case: “the situation of a single candidate for a seat in Parliament differs radically from the situation of a whole political party aspiring to become the government of a country. It is undoubtedly clear from the facts of the case that the applicant was not only an isolated candidate representing ideas shared by only part of the pro-Russian electorate, but also that she belonged to an ideological current which was, in any event, a minority strand within the political spectrum of Latvia. In these circumstances, it is difficult to contend that the election of the applicant to the Latvian parliament would have had adverse effects on the democratic stability of the country”.

³⁶ See, *Etxebarria and Others v. Spain*, 30 June 2009, Applications n. 35579/03, 35613/03, 35626/03 and 35634/03, §53.

arbitrary, it has not infringed the free expression on the opinion of the people, nor Article 3 of the First Protocol.³⁷

2. *The right to vote and the individuals*

In a globalised era in which civil society has acquired a decisive role for the functioning of democratic regimes and for the respect of human rights,³⁸ the European Court of Human Rights has recognised, as it has constantly observed since *X. and Y. v. the Netherlands*,³⁹ that States must ensure the concrete and effective protection of the rights guaranteed by the Convention and its Protocols, even with regard to the acts of individuals. It has been said on the relationship between democracy and those positive obligations that a government can be defined as democratic if it has obligations to do and not to do to safeguard the fundamental human rights (PANELLA, 2010: 127). In particular, as regards the right to free elections, the Court underlined in *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, that the Contracting States have the obligation to take positive measures to 'hold' democratic elections.⁴⁰

It has been also accurately observed that the Court would be, in this field, in a process of a gradual expansion as regards the extent of guarantees ensured by Article 3 of the First Protocol, interpreting the electoral process in a larger sense which would, particularly, put the pre-electoral campaign in the medias and the legal statute of political parties within the European area of control (GOLUBOK, 2009: 390). Such an expansion of the extent of the right to free elections, placed in the context of the globalisation era, should lead to take more and more into consideration the positive obligations of States in this field and, specifically, the obligations that derive from the Court's jurisprudence, both in relation to States and with regard to individuals. The right to free elections should be therefore re-assessed from that point of view. On the one hand, it should be interpreted from the perspective of the interactions between the eligible and the individuals and, on the other hand, it should be also interpreted from the viewpoint of the obligations that, departing from those interactions, may take place for the States to ensure the concrete and effective protection of the right to vote.

³⁷ *Ibidem*, §54-55.

³⁸ For this matter, see, RYNGAERT – NOORTMAN, 2010: 5-14.

³⁹ See *X. and Y. v. the Netherlands*, 26 March 1985, Application n. 8978/80.

⁴⁰ See, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, above, §50.

2.1. *The interactions between the eligible and the individuals*

The interactions between the eligible and the individuals, including corporations, have been examined particularly in the cases concerning party financing and the media coverage during electoral campaigns. As regards party financing, in *Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde v. France*, the Court avoided giving an answer on Article 3 of the First Protocol, and examined instead the case from the perspective of the freedom of association, enshrined by Article 11 of the Convention.⁴¹ Later, in *Ekoglasnost v. Bulgaria*, the Court admitted that the measure concerned that aimed to ensure the transparency of party financing, which has a fundamental importance for the proper functioning of each democratic regime, did not exceed the margin of appreciation enjoyed by the State and recognised that limitations could be applied to Article 3 of the First Protocol in order to guarantee that transparency.⁴²

The matter was raised also and particularly in the field of media coverage during the electoral campaigns. In those cases, the applicants generally complained about the treatment given by the media during the electoral campaign. In *«Jaunie Demokrāti» Party and «Mūsu Zeme» Party v. Latvia*, the Court admitted, referring to a number of decisions of the Commission, that a matter could be raised where, in exceptional circumstances such as during the electoral period, any possibility to participate in the media programmes was denied to a political party, whilst giving that possibility to other political parties.⁴³

But it is in *Communist Party of Russia and Others v. Russia* that the arguments of the applicants, rather than the Court's decision, were relevant. On that occasion the arguments of the applicants were only denied in fact, but not in words, by the Court. Indeed, the applicants complained that the media coverage during the elections of 2003 had been flawed, that it had been unfavourable to the parties and candidates of the opposition, considering that, because of the unequal media coverage, the elections had not been free and had been therefore incompatible with Article 3 of the First Protocol. The applicants sustained that that provision put implicitly an obligation on the State to take positive measures in order to guarantee the free expression of the opinion of the

⁴¹ See, *Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde v. France*, 7 June 2007, Application n. 71251/01, §34.

⁴² See, *Ekoglasnost v. Bulgaria*, 6 November 2012, Application n. 30386/05, §63 ff., where the measure was none the less late and therefore incompatible with Article 3 of the First Protocol.

⁴³ See, *«Jaunie Demokrāti» Party and «Mūsu Zeme» Party v. Latvia* (decision), 29 November 2007, Application n. 10547/07 and 34049/07.

people through an equal coverage, taking the position that the adoption of measures restricting the freedom of expression during the electoral period could be considered necessary in certain circumstances to ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.⁴⁴

Therefore and, irrespective of the conclusion of the Court, it is a matter of fact that a question was put on whether, in the case at hand, the State had a positive obligation derived from Article 3 of the First Protocol, to guarantee that the media coverage by the mass media (even if controlled by the State) was balanced and compatible with the spirit of the free elections, although no proof of a direct and deliberate manipulation had been found. And it is also a matter of fact that the Court has accepted to approach the question on whether that obligation had been fulfilled. The factors that the Court took into account to answer this question were two: the wide margin of appreciation of States and the principle according to which the State is only obliged to take measures that are reasonably available.⁴⁵ The fact that the Court has underlined that the State had an obligation to intervene to open the media to different points of view was extremely significant in this case.⁴⁶ Although it had been already raised in relation to the freedom of expression in its previous jurisprudence, the matter was now proposed with regard to the free elections. The Court's conclusion in the case cannot but confirm that the jurisprudence of the Court goes in the direction of recognising such an obligation on the charge of the States, especially if one considers that, in its answer, the Court did not deny the existence of that duty in the context of the Convention.⁴⁷

2.2. The interactions among the electors and among the candidates

It is also undeniable that acts of the private actors aiming to limit the exercise of the right to vote against the electors may also occur and that these

⁴⁴ See, *Communist Party of Russia and Others v. Russia*, 19 June 2012, Application n. 29400/05, §55 and §104.

⁴⁵ *Ibidem*, §123.

⁴⁶ *Ibid.*, §126.

⁴⁷ See, in particular, the Court's conclusion, §128: "The Court considers that the respondent State took certain steps to guarantee some visibility of opposition parties and candidates on Russian TV and secure editorial independence and neutrality of the media. Probably, these arrangements did not secure de facto equality of all competing political forces in terms of their presence on TV screens. In the present case, however, when assessed in the light of the specific circumstances of the 2003 elections as they have been presented to the Court, and regard being had to the margin of appreciation enjoyed by the States under Article 3 of Protocol No. 1, it cannot be considered established that the State failed to meet its positive obligations in this area to such an extent that it amounted to a violation of that provision".

actions may take place not only against the electors but also against candidates. In *Namat Aliyev v. Azerbaijan*, the applicant alleged that the supporters of one of the candidates had intimidated the voters and that they had attempted to influence their vote in the nearby of the polling stations, among other irregularities. The Court considered in this case that the domestic courts called to decide on the arguable complaints of the irregularities in the elections, should have reacted taking the reasonable measures to enquiry on the alleged irregularities, without imposing any unreasonable and excessively rigorous obstacle to the applicant, in order to guarantee the fulfilment of the positive obligation derived from Article 3 of the First Protocol to hold free elections. The Court highlighted the positive obligations on the charge of States in this field and underlined that not only the alleged violation of the individual rights of the applicant were into play but also, more generally, the fulfilment by the State of its positive duty to hold free and equal elections.⁴⁸ This duty includes also the obligation to enquiry on the reasonable protests of irregularities even if those irregularities derived from the actions of individuals.

It is difficult to determine in that framework what is the extent of the obligation put on States in the case of interactions among private actors who interfere with the democratic holding of elections. The Court has not always manifested its view on this matter in a decisive manner but rather through isolated cases. In *Atakishi v. Azerbaijan*, for instance, one of the candidates had been disqualified from the elections on the base of provisions of the electoral code that allowed that measure in case of use of unfair and illegitimate means in the electoral campaign, to gain the votes of the electors (defined as “abuse of the right to campaign in the media”). The Court accepted on that occasion the argument of the Government aiming to establish that the conditions fixed in the electoral code for that limitation, “pursued the legitimate aim of ensuring equal and fair conditions for all candidates in the electoral campaign and ensuring that the elections were held in accordance with democratic standards”,⁴⁹ and therefore assessed whether that measure was arbitrary or disproportionate. In doing so, the Court considered that “in order to prevent arbitrary disqualification of candidates, the relevant domestic procedures should contain sufficient safeguards protecting the candidates from abusive and unsubstantiated allegations of electoral misconduct, and that decisions on disqualification should be based on sound, relevant and sufficient proof of such misconduct”.⁵⁰ In the case at

⁴⁸ See, *Namat Aliyev v. Azerbaijan*, 8 April 2010, Application n. 18705/06, §88.

⁴⁹ See, *Atakishi v. Azerbaijan*, 28 February 2012, Application n. 18469/06, §38.

⁵⁰ *Ibidem*, §41.

hand, the candidate had been disqualified for having corrupted the voters and for having insulted his opponent, as well as interrupted his speech. These accusations had been made by the opponent of the disqualified candidate and by his supporters and, according to the Court, there were based on irrelevant and insufficient evidences that had been inadequately examined. Nor there was any legal reasoning from the domestic courts. The Court considered therefore that the State concerned had not offered sufficient guarantees to the disqualified candidate and that the deficiency of the evidence, the lack of guarantees and of legal reasoning were sufficient to consider that the candidate was illegitimately disqualified from the elections.⁵¹

Therefore the principle established by the Court in this particular field, seems to go in the direction of putting on States the obligation to intervene in case of arguable protests by the candidates. It seems that this obligation consists in the duty to enquire on those contestations through procedures that offer to the candidate accused sufficient guarantees, an adequate assessment of evidence and that confer legal guarantees to the candidates to whom the possibility to discharge must be offered as well as a decision based on legal and valid reasoning from the domestic authorities.

Bibliographic references

BONDIA (2010). “Le Conseil de l’Europe: la société démocratique dans la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et la création d’un ordre public démocratique européen en matière de droits de l’homme”. In Zanghì – Panella (recherche dirigée par), *Les paradigmes démocratiques et les droits de l’homme dans le bassin de la Méditerranée*, Torino: Giappichelli, p. 109.

COHEN-JONATHAN, Gérard (1999). “A propos de l’arrêt Matthews c. Royaume-Uni (18 février 1999)”. *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 35, n. 4, p. 637-657.

EUDES, Marina (2006). “Vers l’abolition des dernières restrictions au droit de vote? Étude des frontières du corps électoral”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 67, p. 575-595.

GOLUBOK, Sergey (2009). “Right to free elections: emerging guarantees or two layers of protection?”. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 27, p. 390.

HUET, Véronique (2006). “Vers l’émergence d’un principe de légitimité démocratique en droit international?”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 67, p. 547-573.

JACQUEMOT, Florence (2008). “Retour sur la dualité de lecture de l’arrêt Zdanoka”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 73, p. 195-222.

⁵¹ *Ibid.*, §42 ff.

NATALE, Virginie (2006). “Le droit à des élections libres ou la construction d’un véritable ordre démocratique européen”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 68 p. 435-465.

O’BOYLE, Michael (2008). *Electoral disputes and the ECHR: an overview*, in *Venice Commission, Unidem Seminar, Cancellation of election results*, CDL-UD(2008)010rev, 5 December 2008, p. 13.

PANELLA, Lina (2010). “Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de «démocratie»”. In Zanghì – Panella (recherche dirigée par), *Les paradigmes démocratiques et les droits de l’homme dans le bassin de la Méditerranée*, Torino: Giappichelli, p. 127.

RYNGAERT, Cedric – NOORTMAN, Math (2010). “New Actors in Global Governance and International Human Rights Law”. *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 4, n. 1, p. 5-14.

DA SARK A MOSCA.
LA CORTE EDU QUALE NUOVA ISTANZA
CONTRO-MAGGIORITARIA

Ignazio Spadaro*

SOMMARIO: 1. Il condizionamento delle sentenze EDU sui processi di democrazia rappresentativa: il caso della Signoria di Sark – 2. Difesa della sovranità statale e (pretesa) superiorità dei giudici nazionali nelle recenti pronunce della Corte costituzionale russa – 3. I fattori principali: legittimazione democratica e legittimazione tecnica – 4. I fattori di legittimazione “accessori” – 5. La legittimazione della Corte di Strasburgo – 6. *Segue*: le garanzie di indipendenza – 7. *Segue*: pluralismo ed efficienza – 8. La Corte EDU tra «legittimazione per valori» e recenti iniziative di riforma – Riferimenti bibliografici.

1. *Il condizionamento delle sentenze EDU sui processi di democrazia rappresentativa: il caso della Signoria di Sark*

Con la sentenza del 24 marzo 2016 della Corte europea dei diritti dell'uomo¹ sembra essersi finalmente conclusa la travagliata vicenda² delle riforme costituzionali, che, nel corso dell'ultimo decennio, ha interessato la Signoria di Sark³.

Quest'ultima, seppur formalmente inquadrata nel Baliato di Guernsey (dipendenza della Corona britannica e residuo dell'antico Ducato di Normandia)⁴, ne costituisce una regione pressoché autonoma: in conformità ad alcune lettere patenti concesse tra il 1565 ed il 1675⁵, infatti, la massima autorità sull'Isola è rivestita da un Signore (*Seigneur* o *Lord*), affiancato da un Sini-scalco (*Seneschal*) e da un piccolo parlamento (*Chief Pleas*) che esercita il po-

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza - Università degli studi di Catania.

¹ Sent. C.EDU 24 marzo 2016, ric. 36522/15, *Tony Eric Le Lievre et al.*

² Sul tema v. BASILICO (2010: 19) e HOUSE OF COMMONS - JUSTICE COMMITTEE (2010: 18-19), ed ancora *infra* nel testo.

³ Dal punto di vista geopolitico, trattasi di due piccole isole (Sark, la maggiore, e Brecqhou) che si estendono nel canale della Manica per poco più di cinque chilometri quadrati, con una popolazione di circa seicento persone.

⁴ Sullo *status* giuridico delle tre *Crown dependencies* britanniche (le altre sono il Baliato di Jersey, nel medesimo arcipelago della *Channel Islands*, e l'Isola di Man, sita nel Mare d'Irlanda) v. l'accurata ricostruzione offerta dalla HOUSE OF COMMONS (2014: 1ss.).

⁵ Le prime lettere patenti furono concesse nel 1565 dalla regina Elisabetta I a Hellier de Carteret, già signore di Saint Ouen; nel 1675 furono introdotti il Siniscalco e lo *Chief Pleas*.

tere normativo mediante l'approvazione di *ordinances* e *laws*. Per entrare in vigore, le leggi necessitano della sanzione regia⁶, subordinata per consuetudine al parere di un'apposita articolazione del *Privy Council*, presieduta dal Ministro della Giustizia inglese, cui spetta verificare che l'atto non contrasti con obblighi assunti dalla Corona sul piano internazionale, con principi costituzionali fondamentali o con evidenti interessi pubblici.

Tanto premesso in ordine al complessivo quadro istituzionale, ciò che merita di essere segnalato è che il processo di riforma, cui si accennava *in limine*, è apparso interamente dominato dall'esigenza di non esporre il fianco a potenziali condanne da parte della Corte EDU⁷; circostanza che è tanto più significativa se si considera che le novelle in questione sono state assai ampie e penetranti.

In origine infatti, e per più di quattrocento anni, Sark ha avuto un'organizzazione dei pubblici poteri di stampo tipicamente feudale: la qualifica di *Seigneur* era (ed è tuttora) ereditaria e, in cambio di alcune prestazioni militari e tributarie a favore della Corona⁸, conferiva un potere pressoché assoluto; il *Seneschal* era nominato a vita dallo stesso *Seigneur*, che egli coadiuvava nell'esercizio del potere legislativo e di quello esecutivo, essendone al contempo una sorta di *longa manus* in campo giudiziario; allo *Chief Pleas*, infine, potevano accedere solo i discendenti dei quaranta antichi proprietari terrieri (*tenants*). Tale assetto, certo incompatibile con le conquiste del moderno costituzionalismo, era invero profondamente radicato nel substrato socio-politico locale, come ha poi testimoniato la circostanza che i cittadini, chiamati alle urne per la prima volta nel 2008, hanno riconfermato pressoché tutti i *tenants* nei seggi da loro occupati, fino a quel momento, su base dinastica⁹. Cionondime-

⁶ Il Baliffo, quindi, resta formalmente estraneo al processo di formazione della volontà normativa, limitandosi – secondo la formula di rito – ad «ordinare la registrazione» degli atti legislativi già sanzionati dal Sovrano.

⁷ L'applicabilità della Convenzione a Sark, originariamente esclusa dal Parlamento di Westminster, è stata decisa nel 2000 dall'assemblea legislativa (*States*) del Baliato, con la *Human Rights (Bailwick of Guernsey) Law* (BASILICO, 2010: 21). La dirompenza degli effetti che ciò avrebbe avuto sulla legislazione della Signoria si era rivelata già nei mesi precedenti, quando, per sottrarsi ad una probabile condanna da parte di Strasburgo, lo *Chief Pleas* aveva approvato la *Real Property (Succession) (Sark) Law*, che sopprimeva il secolare istituto del maggiorascato (cfr. dec. C.EDU 21 marzo 2000, ric. 35694/97, *Barclay*).

⁸ Il contenuto di tali obblighi, non essendo mai stato adeguato al mutare del contesto economico e scientifico, è oggi tanto anacronistico da potersi dire simbolico: un obolo annuale pari ad «un ventesimo della paga di un cavaliere» (circa 1,79 sterline), più il mantenimento di «uomini in armi» contro eventuali invasioni francesi o piratesche.

⁹ È ancor più significativo osservare che la riconferma del vecchio *establishment* è avvenuta malgrado le pressioni esercitate, sul versante economico, dalla potente *lobby* imprenditoriale che sosteneva il partito politico opposto, di stampo fortemente innovatore. Sulla vicenda, che

no, sul piano giuridico le cose sono bruscamente mutate a seguito, appunto, della *Reform (Sark) Law 2008*, la quale ha sottratto al Signore pressoché ogni prerogativa non meramente onorifica, ha subordinato la permanenza in carica del Siniscalco al *placet* di un *Lieutenant Governor* britannico ed ha reso il Parlamento interamente elettivo, estendendo il diritto di voto a tutti i residenti a prescindere dalla cittadinanza. Alcuni emendamenti approvati a partire dal 2010, poi, hanno chiuso il cerchio, escludendo il Siniscalco dalla Camera e disciplinandone maggiormente l'esercizio delle residue funzioni giudiziarie¹⁰.

Che alla base di siffatte novelle vi sia stato – come si diceva – il timore di incorrere in censure da parte di Strasburgo emerge chiaramente dalle parole con le quali nel 2006 il *Secretary of State for Justice* aveva appoggiato il ritiro del progetto di legge nella sua originaria formulazione (che introduceva il suffragio popolare per la sola metà dei seggi), scrivendo che «Shark should give itself, and the UK, the best protection it can from ECHR challenge and its possible consequences»¹¹. Il livello dello scontro si era ulteriormente innalzato l'anno successivo, quando, di fronte alla determinazione dei *tenants* a riservarsi almeno metà dell'Assemblea legislativa ed in aperta rottura con una prassi plurisecolare, il Ministro si era spinto a negare formalmente il *royal assent*, allegando la possibile violazione dell'articolo 3 del Protocollo addizionale alla CEDU sul «diritto a libere elezioni».

A ciò si aggiunga che, in entrambi i procedimenti in cui la *U.K. Supreme Court* ha avuto occasione di confrontarsi con la nuova disciplina al fine di misurarne la compatibilità con i diritti umani, essa ha assunto a parametro proprio la Convenzione¹², come interpretata dal “suo” Giudice¹³. Ciò aiuta a

ha visto protagonisti due noti uomini d'affari inglesi, v. *Barclay brothers tell Sark: you didn't vote for us, so we'll take our money elsewhere*, in *The Guardian*, 12 dicembre 2008; *Minister in row with Barclay brothers over Sark*, in *ibid.*, 27 giugno 2012; *Sark Spring*, in *The New Yorker*, 29 ottobre-5 novembre 2012.

¹⁰ Cfr. in particolare la *Reform (Sark) (Amendment) (No. 2) Law 2010*, varata su impulso de e, da ultimo, la *Reform (Sark) (Amendment) Law 2016*.

¹¹ Il documento è richiamato dalla sentenza *R. (on the application of Barclay and others) v Secretary of State for Justice and others* [2009] UKSC 9 (*Barclay (no. 1)*), par. 26.

¹² In particolare la sentenza [2009] UKSC 9, cit., si è interrogata su eventuali violazioni dell'art. 3 Prot. addiz. CEDU, mentre la successiva sent. *R. (on the application of Sir David Barclay and another) v Secretary of State for Justice and the Lord Chancellor and others* [2014] UKSC 54 (*Barclay (no. 2)*) ha rigettato il ricorso dopo aver constatato la non-violazione dell'art. 6 CEDU (diritto ad un giudice terzo e imparziale, invocato con riferimento alla figura del Siniscalco). Sulle criticità degli organi giudiziari negli ordinamenti di stampo feudale, con riferimento al Baillo della vicina isola di Guernsey v. la sent. C.EDU 8 febbraio 2000, ric. 28488/95, *McGonnell* e cfr. la constestualizzazione che ne fa MARTINO (2011: 286 ss.)

¹³ La sentenza *Barclay I* cita, tra le altre, la sent. C.EDU [P] 2 marzo 1987, ric. 9267/81, *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, la sent. C.EDU [GC] 8 luglio 2008, ric. 10226/03, *Yumak and Sa-*

comprendere, peraltro, perché nel 2016 la Corte EDU abbia avuto buon gioco, dal canto suo, ad avallare le conclusioni dei magistrati londinesi, confermando cioè che l'assetto costituzionale della Signoria ha oramai raggiunto un sufficiente tasso di democraticità¹⁴.

Il caso di Sark è paradigmatico della capacità d'incidenza maturata dalla Corte di Strasburgo sulle decisioni degli stessi Parlamenti nazionali. Il fatto che, in nome della tutela dei diritti, un soggetto *tecnico* (qual è appunto un giudice) possa talora condizionare le decisioni di organi costituzionali muniti di una diretta investitura democratica crea quella che è viene chiamata in dottrina «difficoltà contro-maggioritaria»¹⁵. La questione, nella misura in cui è connaturata all'essenza stessa della giustizia costituzionale, non è affatto nuova agli studiosi¹⁶; nel caso della Corte EDU, tuttavia, essa si carica di risvolti ancora più problematici poiché destinatari delle eventuali condanne sono soggetti tipicamente sovrani (gli Stati), come tali *superiorem non recognoscentes*. Ben si comprende, allora, la ragione per cui, specie negli ultimi anni ed in parallelo con una sempre maggiore intraprendenza dei Giudici di Strasburgo, in diverse parti del Continente abbiano cominciato a manifestarsi alcuni segni di insofferenza, nel dichiarato intento di preservare le rispettive sovranità nazionali¹⁷.

Emblematico è al riguardo il caso della Russia, sul quale converrà, pertanto, soffermarsi.

dak, la sent. C.EDU [GC] 16 marzo 2006, ric. 58278/00, *Zdanoka* e la sent. C.EDU [GC] 27 aprile 2010, ric. 7/08, *Tănase*; in *Barclay II* vengono citate, tra le altre, la sent. C.EDU [GC] 15 dicembre 2011, ricc. 26766/05, 22228/06, *Al-Khawaja and Tahery*, la sent. C.EDU [GC] 18 marzo 2011, ric. 30814/06, *Lautsi et al.*, la sent. C.EDU [GC] 1° luglio 2014, ric. 43835/11, *S.A.S.*

¹⁴ In estrema sintesi, la Corte di Strasburgo conferma che il carattere maggioritario del sistema elettorale, così come la sopravvivenza di alcuni istituti feudali (partecipazione del Signore alle sedute parlamentari e modalità di nomina del Siniscalco) non confliggono di per sé con la CEDU, restando affatto all'interno di quel margine di apprezzamento di cui ciascuno Stato dispone per la conservazione del proprio patrimonio identitario.

¹⁵ A scrivere di «counter-majoritarian difficulty» è stato, per primo, BICKEL (1962: 3). Sull'ampio dibattito in materia v. CHESSA (2014: 103 ss.).

¹⁶ V. in part. CHESSA (2014: 112).

¹⁷ In un discorso pronunciato il 25 gennaio 2012 davanti all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, l'allora premier britannico David Cameron espresse il timore che un eccessivo «attivismo» da parte della Corte producesse «a corrosive effect on people's support for human rights» e quindi una perdita di fiducia verso l'Europa. Quanto alle rimostranze (ed alle conseguenti tecniche di «resistenza») della Corte costituzionale italiana, v. GIUFFRÈ (2016: 1 ss.) ed anche VIGANÒ (2015: 207 ss).

2. Difesa della sovranità statale e (pretesa) superiorità dei giudici nazionali nelle recenti pronunce della Corte costituzionale russa

L'11 giugno 2016 la Commissione di Venezia¹⁸ ha approvato il proprio parere definitivo¹⁹ sulle due leggi costituzionali russe che, tra il 2014 ed il 2015, hanno investito i Giudici di San Pietroburgo del compito di verificare, su impulso di un tribunale o dell'Esecutivo, se una data sentenza emessa da un «organo interstatale per la tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo» sia o meno eseguibile a fronte della Costituzione federale.

Le novelle, peraltro, si sono limitate ad istituzionalizzare un meccanismo già inaugurato in via pretoria il 6 dicembre 2013, quando la Corte era tornata ad occuparsi di discriminazioni di genere nella concessione di congedi parentali ai militari, nell'ambito di una vicenda che aveva già reso la Russia destinataria di pesanti censure da parte di Strasburgo²⁰. Tuttavia, mentre in quell'occasione i giudici nazionali si erano limitati a rivendicare la competenza a risolvere le eventuali antinomie tra Costituzione federale e decisioni applicative della CEDU, il successivo intervento legislativo ha lasciato trasparire un certo sfavore verso queste ultime, descrivendo una procedura volta, in linea di principio, alla «conferma» della costituzionalità della legge interna che, nel caso specifico, osti all'esecuzione della sentenza EDU²¹.

La superiorità della Costituzione federale rispetto alla Convenzione, insieme ad una chiara rivendica di sovranità nazionale, è poi stata scandita in una sentenza del 14 luglio 2015. Anche stavolta il legislatore ha, poi, colto la palla al balzo e, pochi mesi più tardi, ha approvato una legge²² con la quale ha addirittura stabilito che il giudizio di eseguibilità deve considerarsi «definitivo». Tale clausola – come ha obiettato la Commissione di Venezia, già nel suo parere provvisorio del 12 marzo 2016 – sembra escludere che all'impossibilità, sul piano interno, di accordare la riparazione suggerita dalla Corte di Stra-

¹⁸ Sulla *Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto*, organo consultivo del Consiglio d'Europa nelle materie di rilevanza costituzionale, v. diffusamente RAIMONDI (2008: 61 ss.).

¹⁹ Sul suo contenuto v. DI GREGORIO (2016: 18-19).

²⁰ Sent. C.EDU [GC] 22 marzo 2012, ric. 30078/06, *Konstantin Markin* (su impugnazione della sentenza emessa dalla V Sezione il 7 ottobre 2010), su cui v. per tutti DI GREGORIO (2016: 4).

²¹ Cfr. DI GREGORIO (2016: 6).

²² L'atto legislativo in discorso, approvato il 14 dicembre 2015, ha inserito nella *Legge sulla Corte costituzionale* un apposito capitolo XIII.1, intitolato «Esame delle cause riguardanti la possibilità di eseguire le decisioni di un organo interstatale per la tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo». Sulle modalità di svolgimento del giudizio sull'eseguibilità, v. DI GREGORIO (2016: 9-10), mentre sull'ampiezza dei relativi margini di applicabilità cfr. GUAZZAROTTI (2016: 1 ss.).

sburgo possa rimediarsi con una diversa forma di riparazione non pecuniaria (o, al limite, con l'adeguamento del diritto interno ad opera del Parlamento)²³.

Per comprendere le ragioni più profonde di tali reiterate chiusure sembra illuminante quanto dichiarato dal presidente della Corte di San Pietroburgo, Valery Dmitrievich Zorkin, durante un incontro di studio tenutosi nell'ottobre 2015: la Corte EDU – secondo l'alto magistrato – difetterebbe di legittimazione democratica, la qual cosa non solo le imporrebbe assoluta cautela nel rendere interpretazioni «evolutive» (*rectius*, «creative»²⁴) degli obblighi scaturenti dal testo della Convenzione, ma porrebbe il suo apprezzamento su un gradino più basso rispetto a quella «identità nazionale» e a quel «compromesso sociale» che solo i Giudici nazionali sarebbero abilitati ad esprimere²⁵.

Come ha osservato, ancora, la stessa Commissione di Venezia, si tratta di parole forti, nella misura in cui esse rischiano di riproporre, giustificandola, la sistematica prevalenza dello Stato sull'individuo: concezione di stampo prettamente tipicamente vetero-liberale, che ha ormai fatto il suo tempo e di cui proprio la firma della CEDU, nelle intenzioni dei suoi stessi firmatari, avrebbe dovuto consacrare il definitivo superamento. Sullo sfondo, poi, sembra scorgersi il convincimento che il diritto nazionale, in quanto riconducibile, attraverso lo schema della democrazia rappresentativa, alla volontà del Popolo sovrano, debba trovare applicazione sempre, mentre l'eventuale conflitto con norme sovranazionali – secondo la soluzione adottata dalla Corte russa nel 2015 – aprirebbe la strada, tutt'al più, ad un risarcimento. Senonché, una simile forma di tutela, nel momento in cui presuppone, da una parte, la definitiva permanenza della violazione e, dall'altra, la monetizzabilità di diritti e libertà riconosciuti per l'appunto come «fondamentali», rischia di non solo di essere poco incisiva, ma anche difficile da applicare, a fronte delle ovvie difficoltà estimatorie.

Il tema è perciò denso di interesse e merita di essere qui approfondito. In particolare, sembra opportuno chiedersi se esistano (e, nel caso, quali siano) fattori capaci di giustificare un condizionamento, da parte dei vari Giudici costituzionali, sui rispettivi organi d'indirizzo politico, onde poi verificare se

²³ Cfr. DI GREGORIO (2016: 10-11).

²⁴ Questo, pacificamente, il senso dell'intervento. Del resto, di «funzione creativa dell'interpretazione» da parte della Corte EDU scrive, senza mezzi termini, ZAGREBELSKY (2012: 7-8), osservando che «[l]a Corte europea applica un diritto [...] di origine largamente giurisprudenziale, la cui creazione (ri)dà spazio al ruolo del giudice giurista (in luogo del giudice semplice esegeta della legge che egli è chiamato ad applicare)», sicché «[l]a soluzione del caso concreto non deriva tanto dall'applicazione di una regola generale ed astratta che lo precede quanto, al contrario [...] contribuisce a creare la regola per fatti analoghi». Sul medesimo tema – ma limitatamente all'ambito giuspenalistico interno – cfr. RAMPIONI (2004: 310 ss.).

²⁵ L'episodio è riportato da DI GREGORIO (2016: 20-21).

realmente essi – secondo quanto hanno mostrato di ritenere sia Mosca che San Pietroburgo – non possano essere rintracciati (anche) in capo alla Corte EDU.

3. I fattori principali: legittimazione democratica e legittimazione tecnica

Pressoché tutti i sistemi di giustizia costituzionale descritti nelle varie Costituzioni statali appaiono fondati alternativamente – pur con qualche sovrapposizione – su due fattori: la legittimazione *democratica* (anche indiretta), che finisce così per accostare i giudici ai parlamentari o ai ministri (figure dotate, cioè, di un potere di indirizzo politico)²⁶, e quella *tecnica*²⁷, quest'ultima sull'assunto che giudici sommamente esperti non possano che assumere decisioni obiettivamente corrette, atteggiandosi – per dir così – a vere e proprie *bouches de la loi constitutionnelle*.

Cominciando a fare qualche esempio, può anzitutto segnalarsi che la legittimazione tecnica costituisce il tratto caratterizzante del modello italiano²⁸. L'articolo 135 della Costituzione repubblicana, infatti, mentre al II comma fissa per tutti i giudici elevati requisiti di professionalità²⁹, al I comma ne affida l'elezione solo per un terzo ad un organo munito di legittimazione democratica diretta (il Parlamento), mentre un altro terzo è nominato dal Presidente della Repubblica (che, com'è noto, gode di legittimazione democratica soltanto indiretta) e la parte restante è eletta dagli alti magistrati ordinari ed amministrativi.

Non molto dissimile è la soluzione tedesca. Vero è, infatti, che i membri del *Bundesverfassungsgericht* sono nominati dal Presidente federale su designazione del Parlamento, ma il loro “grado” di legittimazione democratica è, per così dire, doppiamente indiretto: i giudici proposti dal *Bundestag*, infatti, sono previamente designati non dal *plenum*, bensì da un comitato di dodici grandi elettori (art. 6 BVerfGG), mentre la restante parte è individuata da soggetti che siedono nel *Bundesrat* quali rappresentanti dei Governi dei *Länder*, cui spetta pertanto rimuoverli e sostituirli (art. 51.1 GG). Per contro, l'art. 3 BVerfGG stabilisce che tutti i candidati debbono avere la qualifica di

²⁶ Osserva FALCON (2011: 1) che «non esiste Corte costituzionale (o altra Corte alla quale sia affidato il compito di giudicare della legittimità costituzionale delle leggi) in cui gli organi politici non esercitino un potere determinante nella scelta dei giudici».

²⁷ Così WOELK (2011: 10).

²⁸ Sui complessi rapporti tra legittimazione politica e qualificazione tecnica nel caso italiano cfr. ARCIDIACONO-CARULLO (2011: 394-395).

²⁹ E cioè: appartenenza alle giurisdizioni superiori ordinaria e amministrativa, docenza universitaria di materie giuridiche, esercizio almeno ventennale della professione forense.

magistrato o di professore universitario di materie giuridiche, con l'ulteriore vincolo (fissato dall'art. 2 BVerfGG) che almeno tre seggi per senato siano occupati da soggetti con almeno tre anni di anzianità nelle supreme magistrature federali³⁰.

All'estremo opposto, godono invece di legittimazione *soltanto* democratica, seppur indiretta, i *conseillers constitutionnels* francesi, ai quali – nominati in parte dal Presidente della Repubblica ed in parte dai Presidenti delle Camere, in aggiunta agli ex Capi dello Stato – non è richiesta alcuna preparazione giuridica. Tale dato, se può per molti versi apparire eccentrico, in prospettiva storica trova la sua spiegazione nella tendenziale difficoltà ad ammettere un sindacato giurisdizionale (o, comunque, extraparlamentare) sugli atti legislativi, senza che ciò comprima il principio di separazione dei poteri, che – com'è noto – proprio in Francia ha trovato una delle sue prime e più sistematiche teorizzazioni³¹. Non è un caso, del resto, che per molti anni³² il *Conseil* sia stato ammesso a svolgere un vaglio di costituzionalità soltanto preventivo³³, mentre in dottrina si è continuato ad interrogarsi sulla sua stessa natura, giurisdizionale o politica³⁴. Né può sottacersi che, invero, la subordinazione della nomina a *conseiller* al possesso di un adeguato grado di preparazione tecnico-giuridica è stata proposta a più riprese nel corso degli ultimi anni, senza che il Parlamento vi abbia mai dato seguito³⁵.

Allargando ancora lo spazio della comparazione, è di indubbio interesse l'esperienza nordamericana, nella quale peraltro il fondamento del *judicial review* è un problema storicamente assai dibattuto³⁶. Ad ogni modo, anche tale

³⁰ Così WOELK (2011: 10 ss.).

³¹ Il riferimento è, ovviamente, all'opera "Lo spirito delle leggi" di Montesquieu (il quale, peraltro, trae spunto a sua volta dall'esperienza inglese). Sulle prime formulazioni di tale teoria v. i nutriti richiami bibliografici operati da BOGNETTI (1996: 372).

³² Fino, cioè, alla riforma del 2008 (*loi constitutionnelle* n. 2008-724 del 23 luglio 2008) che all'art. 61-1 Cost. ha introdotto per la prima volta una via di accesso incidentale al giudizio di legittimità, sia pure temperato da un "doppio filtro" da parte della giurisdizione comune. Per un'analisi critica sui primi anni di applicazione della nuova disciplina v. LECIS COCCO ORTU (2013: 10 ss.).

³³ Sulla natura «ancora larvamente politica» del sindacato preventivo francese cfr. CIANCIO (2016: 11) e già PEGORARO (2015: 37).

³⁴ Su tale questione v. CALAMO SPECCHIA (2009: 178 ss.).

³⁵ Sul punto v. CASELLA (2011: 271 ss.), il quale segnala comunque che la selezione di personalità di elevato profilo, benché non normativamente necessitata, corrisponde ad una prassi ormai iscritta nella costituzione materiale.

³⁶ È difficile negare che sulla tumultuosità e sull'ampiezza di tale confronto – su cui v. per tutti, in lingua italiana, MARZULLI (2011: 84 ss.) – incida il carattere diffuso del sindacato in questione, come teorizzato dalla celebre sentenza *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137) dell'11 febbraio 1803 (sulla quale v. ampiamente CHESSA, 2014: 17 ss.).

nell'ambito di tale modello si prediligono criteri di legittimazione prettamente democratica. A livello federale, infatti, ciascuna nomina – e massimamente quelle dei giudici supremi – scaturisce dall'accordo tra il Presidente³⁷ ed il Senato, laddove la circostanza che il suo *advice and consent*³⁸ cada solitamente su soggetti (anche) tecnicamente preparati – grazie anche al ruolo consultivo dell'*American Bar Association*³⁹ – costituisce un correttivo che resta pur sempre confinato alla dimensione della “prassi”, a fronte di un Testo fondamentale che di per sé – è *questo* il punto – non esige alcuno *standard* di professionalità⁴⁰. Il medesimo schema è stato poi mutuato dalle Costituzioni di numerosi Stati federati, alcune delle quali si spingono a prevedere addirittura l'elezione diretta dei giudici (talora “con”, talaltra “senza” l'intervento di partiti⁴¹). Né mancano soluzioni intermedie, in cui cioè la rosa dei candidati è predisposta da un organo terzo, in base a criteri puramente meritocratici (cc.dd. *California Plan*⁴² e *Missouri Plan*⁴³).

Oltre che nel caso, già visto, del Senato USA, un coinvolgimento del livello sub-statale nella elezione parlamentare dei giudici, per il tramite della Camera rappresentativa degli Stati federati o delle autonomie locali, è un tratto piuttosto ricorrente. Si pensi, anzitutto, all'articolo 4 della *Legge costituzionale sulla Corte costituzionale* russa, che riserva le nomine al Consiglio della Federazione su proposta del Presidente⁴⁴, nonché all'articolo 184 del Regolamento del Senato spagnolo, ove è prescritto che lo stesso *Tribunal Constitucional*, allorché si debba procedere al rinnovo dei suoi membri, solleciti ciascuna *Comunidad Autónoma* ad indicare fino ad un massimo di due nominativi, che saranno

³⁷ Sulla natura «sostanzialmente diretta» dell'elezione presidenziale, malgrado il diaframma costituito dai cc.dd. “grandi elettori”, cfr. TONELLO (2010: 19 ss.).

³⁸ L'art. II, sez. 2, cl. 3 della Costituzione di Philadelphia abilita tuttavia il Presidente federale ad effettuare nomine provvisorie («*recess appointments*») nei periodi in cui il Senato non sia in sessione: cfr. FABIANO (2011: 71-72).

³⁹Cfr. BARDUSCO (2013: 84-85).

⁴⁰ Sul tema, e soprattutto sull'andamento di tale prassi attraverso i secoli, v. ampiamente FABIANO (2011: 72 ss.).

⁴¹ Il sistema della *nonpartisan election* fu adottato per la prima volta dal North Dakota, nel 1910, come rimedio alla politicizzazione dei giudici che aveva caratterizzato il periodo precedente (raggiungendo il suo acme nella sentenza *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905) e nell'introduzione del *recall*). Sull'argomento v. MARZULLI (2011: 89-90).

⁴² KILEY (1999: 6-7).

⁴³ MARZULLI (2011: 93-94).

⁴⁴ DI GREGORIO (2011: 317), ma cfr. DI GREGORIO (2011: 323), ove si legge che «nell'attuale contesto politico della Russia [...] il potere legislativo sembra completamente asservito al Presidente», nel più vasto quadro di un «allineamento politico di tutti gli organi costituzionali».

passati al vaglio di un'apposita Commissione prima di essere sottoposti al *plenum*⁴⁵.

4. I fattori di legittimazione "accessori"

Ai due fattori sin qui considerati se ne aggiungono talora degli altri con funzione, per così dire, accessoria.

In primo luogo il *pluralismo* nella composizione dell'organo, dato dall'affiancamento di giudici di varia estrazione geografica e culturale, in modo non solo da mantenere equilibrata la "sensibilità" del collegio nel suo complesso, ma soprattutto – per quello che qui rileva – di evitare che le relative decisioni siano avvertite dalla comunità come *diktat* provenienti da un corpo "estraneo" ad essa. Detta esigenza, particolarmente sentita in tutti gli Stati federali, in quelli multinazionali emerge già nel Testo fondamentale. Due sembrano, a questo proposito, gli esempi più significativi. Anzitutto, il disposto dell'articolo VI della Costituzione di Bosnia ed Erzegovina, che ripartisce su base etnico-geografica addirittura la totalità degli scranni, senza riservarne alcuno alla nomina delle istituzioni centrali⁴⁶. In secondo luogo, e con ancor maggiore articolazione di disciplina, il caso della *Cour constitutionnelle* belga, caratterizzata dalla presenza di un egual numero di giudici francofoni e neerlandofoni nonché, per ciascun gruppo linguistico, di giuristi e di ex parlamentari⁴⁷.

È ancora piuttosto rara, invece, la previsione di "quote rosa", secondo un modello comunque già sperimentato in alcuni *Länder* tedeschi⁴⁸ e, in misura minore, anche in Belgio⁴⁹.

Tornando per un istante oltreoceano, poi, giova segnalare quanto avviene

⁴⁵ V. sul punto MASTROMARINO (2011: 221).

⁴⁶ Più precisamente, quattro giudici debbono provenire dalla Federazione di Bosnia ed Erzegovina e due dalla Repubblica serba. La singolarità di questo sbilanciamento verso il livello sub-federale è sottolineata da MONTANARI (2011: 126).

⁴⁷ V. sul punto SCIANNELLA (2011: 140-141).

⁴⁸ A Berlino, Brandeburgo e in Bassa Sassonia le Corti costituzionali debbono essere composte da almeno tre donne (e tre uomini). A livello federale, invece, una certa presenza femminile anche a livello federale è stata raggiunta solo in via di fatto, «attraverso uno sviluppo culturale della coscienza politica» (POLI, 2011: 34, che cita sul punto LUTHER, 1996: 481), mentre la proposta di introdurre un'espressa previsione costituzionale in tal senso, avanzata nel 2008, non ha trovato sufficiente condivisione in ambito parlamentare (WOELK, 2011: 17, nt. 81).

⁴⁹ SCIANNELLA (2011: 144-145) segnala comunque la timidezza della previsione (contenuta in un emendamento agli artt. 10-11 Cost.), che resta formalmente soddisfatta dalla presenza anche di una sola donna.

in Canada, dove alla riserva di un terzo dei giudici supremi al Québec, fissata dall'articolo 6 del *Supreme Court Act*, si è affiancata una prassi secondo la quale gli scranni residui sono assegnati in modo da garantire una rappresentanza equilibrata anche a tutte le altre aree geografiche del Paese⁵⁰; sin dal 1944, inoltre, al vertice della Corte si sono sempre alternati (con un'unica eccezione) giudici di lingua inglese e di lingua francese⁵¹. La dottrina, peraltro, ha messo in evidenza come la norma, nel prevedere un trattamento privilegiato per il Québec, miri altresì a garantire che il Collegio abbia un'adeguata dimestichezza con il *civil law*, per il quale la suddetta provincia si distingue da tutte le altre⁵².

Quanto appena registrato riguardo al Canada fa venire in discorso un altro dei fattori di legittimazione "accessori" cui si faceva poc'anzi riferimento: l'*efficienza*, intesa come la capacità, da parte del Collegio, di emettere decisioni in tempi brevi, sì da mantenersi autorevole agli occhi non solo dei consociati, ma anche degli altri attori istituzionali⁵³. Tale celerità è perseguita per lo più mediante un'oculata organizzazione interna e procedurale. In Germania, ad esempio, il *Bundesverfassungsgericht* riesce ad esitare poco meno del 70% delle cause entro un solo anno dal loro avvio, grazie al "filtro" costituito, per i ricorsi individuali (il 98% del totale), da una prima delibazione ad opera di Camere di tre giudici, specializzate per materia, cui sono riservate le declaratorie di inammissibilità e di manifesta fondatezza, affinché il *plenum* del rispettivo senato (composto invece da sedici unità) resti libero di concentrarsi sui soli casi meritevoli di approfondimento. Ciascun giudice, inoltre, è assistito da diversi collaboratori scientifici, il cui contributo è nella pratica tanto determinante da aver guadagnato loro l'appellativo di «terzo senato»⁵⁴.

L'esigenza di non sovraccaricare il ruolo è avvertita in modo ancora più intenso nel sistema costituzionale statunitense, la cui Corte Suprema, a far data dal celebre *Court Case Selections Act* del 1988, ha il potere di scegliere discrezionalmente quali ricorsi esaminare⁵⁵.

Va da sé, infine, che l'autorevolezza di qualunque organo giurisdicente di-

⁵⁰ VIZIOLI (2011: 159) precisa che tre giudici provengono solitamente dall'Ontario, due dalle province occidentali (Alberta, British Columbia, Manitoba, Saskatchewan) e uno dalle province atlantiche (New Brunswick, Newfoundland and Labrador, Nova Scotia, Prince Edward Island).

⁵¹ Sul punto v. VIZIOLI (2011: 160-161).

⁵² Di questo avviso VIZIOLI (2011: 159-160).

⁵³ Cfr. in tal senso, con particolare riferimento al *BVerfG* tedesco, WOELK (2011: 18).

⁵⁴ Così WOELK (2011: 19, nt. 93).

⁵⁵ Analoga soluzione è stata adottata, nel 2012, per la Corte di cassazione olandese (v. MAK, 2015). Per alcuni riferimenti dottrinari e giurisprudenziali sul potere in questione v. SONELLI (2015: 8-9, nt. 19), che si sofferma anche sull'opportunità estenderlo Corte di Strasburgo.

pende in ottima parte da quanto esso riesca ad operare *libero da condizionamenti*, in primo luogo politici. Di nuovo – come si è già visto nelle pagine precedenti, allorché si è preso in esame quale fattore di legittimazione dei giudici la loro elevata competenza tecnico-giuridica⁵⁶ – l’idea di fondo è che in tanto un affievolimento della separazione dei poteri è compatibile con i principi dello Stato di diritto, in quanto ciò si realizzi mediante l’applicazione delle norme costituzionali in modo obiettivo e disinteressato. Senza andar troppo lontano, basti qui richiamare – a titolo di esempio – le molteplici garanzie contemplate nell’ordinamento italiano a tutela della terzietà e dell’indipendenza ora dei singoli giudici⁵⁷, ora della Corte nel suo complesso⁵⁸. Garanzie che – giova sottolineare – all’art. 137 Cost. sono a loro volta presidiate da un’espressa riserva di legge costituzionale, restando pertanto sottratte, ex art. 138 Cost., alla disponibilità della mera maggioranza di governo.

In anni non troppo remoti, e su impulso della Corte EDU, proprio la piena indipendenza del potere giudiziario dalle forze politiche è divenuta una priorità anche all’interno dell’ordinamento britannico⁵⁹, il cui *Constitutional Reform Act 2005* ha finalmente dismesso l’anomalia di una Camera (la *House of Lords*) che fungeva anche da suprema istanza giurisdizionale, sia pure attraverso un organo specializzato (la *Appellate Committee*)⁶⁰. Sul punto non sembra qui necessario soffermarsi, se non per segnalare che la contestuale istituzione di una *Supreme Court* di magistrati professionisti aveva originariamente creato l’aspettativa (poi delusa)⁶¹ che il nuovo organo avrebbe potuto esercitare una

⁵⁶ V. *supra*, par. 3.

⁵⁷ È il caso, anzitutto, dell’insindacabilità e dell’immunità dagli arresti (quest’ultima, tuttavia, estesa ai giudici costituzionali dall’articolo 3 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, mediante la tecnica del rinvio al II comma dell’art. 68 Cost., d’onde la nota *querelle* – ad oggi soltanto dottrinale – sull’attuale perduranza, o meno, anche dell’immunità dalla giurisdizione penale originariamente prevista per i parlamentari: cfr. TALLINI, 2011).

⁵⁸ Basti qui ricordare, tra le altre, la riserva del potere decidere sui titoli di ammissione dei giudici e sui contenziosi col personale dipendente; l’autonomia regolamentare, autonomia e finanziaria; l’immunità della sede e tutela penale dalle condotte di vilipendio (quest’ultima, tuttavia, sottratta all’originaria discrezionalità del Ministro della Giustizia soltanto dalla sent. Cost. 12 febbraio 1969, n. 15).

⁵⁹ V. sul tema MARTINO (2011: 289 ss.), che marca il carattere vitale (anche) della «apparenza» di tale indipendenza. Nel medesimo senso, *mutatis mutandis*, SPACCAPELO (2009: 12-13) ed anche, autorevolmente, CALAMANDREI (1966: 198).

⁶⁰ Cfr. MARTINO (2011: 285-286), che cita anche l’altrettanto singolare figura del *Lord Chancellor* (partecipa, fino al 2005, di tutti e tre i poteri montesquieiani).

⁶¹ Cfr. le parole di LORD NEUBERGER OF ABBOTSBURY, *The Supreme Court: Is the House of Lords ‘Losing Part of Itself’?*, 2 dicembre 2009, p.to 19, reperibili in www.judiciary.gov.uk.uk, il quale avvertì l’esigenza di rimarcare che «[t]he message from Lord Falconer, the Lord Chancellor at the time of the Constitutional Reform Act 2005 and the message of the 2005 Act is clear:

funzione di *judicial review of legislation*, secondo il modello statunitense. Si è trattato di un caso alquanto singolare, in cui l'effettiva sussistenza di un certo potere (il sindacato di costituzionalità) ha finito per essere per così dire sopravanzata, nella comune percezione, da uno dei suoi fondamenti giustificativi (l'indipendenza dei giudici dal Legislativo), a riprova dello stretto legame tra essi.

5. *La legittimazione della Corte di Strasburgo*

Alla luce di quanto sin qui richiamato, può adesso tornarsi al problema che ci si era posti: se, cioè, l'incidenza della Corte EDU sulle decisioni degli organi d'indirizzo politico nazionali sia o meno assistita dai medesimi fattori che già legittimano, nei vari Paesi, l'operato dei rispettivi Giudici costituzionali. A tale quesito, può subito anticiparsi, sembra ragionevole rispondere in senso affermativo.

In primo luogo, infatti, va segnalato che i giudici della Corte EDU godono tutti di legittimazione democratica, ancorché indiretta. Essi, infatti, a norma dell'art. 22 CEDU sono eletti dall'Assemblea parlamentare⁶², nella quale per ciascuno Stato membro siede un certo numero di «delegati»⁶³, designati o dai rispettivi parlamenti o da altri organi costituzionali, secondo procedure comunque fissate dal Legislativo. In ogni caso, l'art. 25 St. CoE. – come novellato dal Comitato dei Ministri nel 1970, su impulso della stessa Assemblea⁶⁴ – stabilisce che tutti i delegati debbono essere già titolari di un mandato parlamentare nel proprio Paese, in ossequio per l'appunto al principio democratico⁶⁵. Nel 1971, una regola analoga è stata poi introdotta nell'articolo 6 del *Regolamento di procedura* dell'Assemblea, il quale – oltre ad un significativo allargamento alle eventuali assemblee legislative di livello sub-federale⁶⁶ – si

the creation of the new Court was not intended to make any changes in the powers of the UK's top Court. [...] So there was plainly no intention to create a Constitutional Court».

⁶² Sulla denominazione corretta di tale organo (che ancora oggi figura nel Capitolo V dello Statuto come «Consultative Assembly») v. RAIMONDI (2011: 22 ss.).

⁶³ Malgrado il vocabolo richiamato nel testo sembri suggerire il contrario, i componenti dell'Assemblea parlamentare non hanno vincolo di mandato.

⁶⁴ Racc. 600 (1970) del 18 aprile 1970; la relativa modifica fu deliberata dal Comitato dei Ministri il 14 ottobre dello stesso anno.

⁶⁵ È significativo che, mediante una clausola di interpretazione autentica, a tale emendamento si sia riconosciuta un'efficacia non già modificativa del testo previgente, bensì meramente «confermativa», a fronte di una prassi già (quasi) unanimemente consolidata in tal senso.

⁶⁶ Per l'esattezza, la disposizione prevede che tutti i delegati debbano appartenere «[to] the national or federal parliament», fornendo così agli Stati di riconoscere ulteriore protagonismo alle comunità locali.

spinge a prevedere, altresì, che ogni delegazione nazionale debba rispecchiare la rispettiva compagine parlamentare, sotto il profilo sia dell'appartenenza politica⁶⁷ sia del genere sessuale⁶⁸ dei suoi componenti; fermo restando, comunque, che l'art. 19 Reg. Ass. incoraggia espressamente l'amalgama delle delegazioni attraverso la nascita di «gruppi politici» trasversali⁶⁹. Grazie a tali molteplici accorgimenti, l'Assemblea si trova quindi ad essere una sorta di «sintesi» dei vari Parlamenti nazionali, ai quali è assai simile anche sotto il profilo dell'organizzazione interna⁷⁰. Ciò, ovviamente, non può che avere risvolti positivi in termini di legittimazione politica, tanto della stessa Assemblea quanto, di riflesso, degli organi che da essa promanano (tra i quali, appunto, la Corte).

Con riguardo, invece, a quella che si è sopra definita «legittimazione tecnica», va richiamato che, ai sensi dell'art. 21 CEDU, tutti i giudici di Strasburgo devono godere «della più alta considerazione morale» ed essere altresì idonei, nel proprio Paese, all'esercizio «delle più alte funzioni giudiziarie»; in alternativa, essi debbono comunque essere «giureconsulti di riconosciuta competenza».

A ciò si aggiunga che il principio della selezione secondo competenza trova un'applicazione ferrea. Nella sua ris. 1646 (2009), l'Assemblea parlamentare ha sottolineato – tra le altre – l'esigenza che i candidati siano in possesso di un congruo numero di anni di «relevant (judicial) work experience», oltre che di un'adeguata conoscenza di entrambe le lingue ufficiali del Consiglio d'Europa (inglese e francese)⁷¹. Non a caso, la risoluzione si è preoccupata di

⁶⁷ Sull'importanza e sul ruolo dei gruppi parlamentari, con particolare riguardo all'ordinamento italiano, v. CIANCIO (2008: 1 ss.).

⁶⁸ ...con particolare attenzione per quello femminile, cui dev'essere riservato almeno un seggio.

⁶⁹ Ad oggi sono attivi sei gruppi (Partito popolare europeo; Socialisti, Democratici e Verdi; Conservatori europei; Alleanza dei liberali e democratici per l'Europa; Sinistra europea unita; Democratici liberi), cui risulta iscritto circa l'80% dei delegati.

⁷⁰ A parte la presenza – appena considerata nel testo – di raggruppamenti costituiti in base ad affinità politico-ideologiche, va ancora richiamato che l'Assemblea – come larga parte dei Parlamenti nazionali – ha un proprio Presidente, un Ufficio di Presidenza e più Commissioni specializzate *ratione materiae* (affari politici e democrazia; affari giuridici e i diritti umani; affari sociali, salute e sviluppo sostenibile; migrazioni, rifugiati e sfollati; cultura, scienza, istruzione e *media*; pari opportunità e non-discriminazione; rispetto degli obblighi e degli impegni degli Stati membri; Regolamento interno, immunità ed affari istituzionali; elezione dei giudici della Corte EDU), per lo più col compito di istruire la discussione finale (ed eventuale deliberazione) da parte del *plenum* (o, più raramente, della Commissione permanente, che ne fa le veci tra una sessione e l'altra).

⁷¹ Al momento della candidatura, ciascuno degli aspiranti giudici deve impegnarsi per iscritto, qualora non abbia almeno la conoscenza «attiva» di una data lingua ufficiale e la conoscenza «passiva» dell'altra, a colmare rapidamente le proprie lacune frequentando, in caso di elezione, appositi «corsi intensivi».

stabilire un modello *standard di curriculum vitae*, in cui ogni candidato è tenuto ad indicare, per ciascuna lingua, il grado di effettiva padronanza, distinguendo tra capacità di lettura, scrittura e parlato.

Ciascuna elezione, poi, è il frutto di una procedura assai rigorosa e trasparente⁷². Ogni Governo, premesso un bando pubblico per la presentazione delle candidature e con l'assistenza di un apposito *Advisory Panel of Experts* (sopervisionato dal Comitato dei Ministri), deve mettere a punto una rosa di tre nomi, da trasmettere all'Assemblea in ordine alfabetico insieme ad una nota esplicativa dei criteri adottati. A questo punto entra in scena la *Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights*⁷³, chiamata ad esprimere un giudizio preliminare su ciascun candidato, alla luce non soltanto del rispettivo *curriculum* ma anche di alcuni colloqui orali, cui l'aspirante giudice viene sottoposto. La decisione finale è infine assunta dal *plenum*.

È interessante ricordare che a partire dal 2004 l'Assemblea – qualora ritenga che uno o più candidati siano affatto privi dei requisiti richiesti – si riserva di respingere in blocco l'intera lista⁷⁴, sì da stroncare sul nascere eventuali espedienti volti a ridurre i suoi spazi valutativi⁷⁵.

6. Segue: le garanzie di indipendenza

L'art. 21 CEDU, subito dopo aver stabilito che «[i] giudici siedono nella Corte a titolo individuale» (e non già, quindi, quali rappresentanti dei rispettivi Governi), vieta loro ogni attività incompatibile con quelle «indipendenza» e «imparzialità» che essi sono chiamati ad osservare «per tutta la durata del loro mandato», secondo un apprezzamento riservato allo stesso organo. La previsione è stata puntualmente recepita dall'articolo 4 del *Regolamento interno*⁷⁶,

⁷² Per un quadro di sintesi, v. il *vademecum* AS/Cdh/Inf (2016) 01 rev 4 del 22 giugno 2016, redatto dal Segretariato del Consiglio d'Europa (reperibile in www.assembly.coe.int), che rinvia in massima parte alla cit. risoluzione 1646 (2009). Il principio meritocratico, che governa l'intera procedura, impedisce che un giudice, una volta eletto, possa considerarsi per qualche verso «debitore» verso il Governo che lo ha proposto.

⁷³ Fino al 25 gennaio 2015, le funzioni oggi affidate a tale organo erano svolte da un'articolazione speciale della *Committee on Legal Affairs and Human Rights*.

⁷⁴ Ris. 1366 (2004) e racc. 1646 (2004), approvate entrambe il 30 gennaio 2004.

⁷⁵ Il par. 2 della successiva ris. 1646 (2009) ha chiarito che «In difetto di una reale possibilità di scelta tra i candidati proposti dagli Stati [...], l'Assemblea rigetta le liste sottoposte». Analoga sanzione è prevista, inoltre, per le ipotesi in cui a livello nazionale sia mancata una selezione «giusta, trasparente ed effettiva».

⁷⁶ La versione attualmente in vigore è stata approvata dalla Corte nella sessione plenaria del 19 settembre 2016.

il quale, da una parte, fissa una presunzione assoluta di incompatibilità per tutte le attività politiche ed amministrative, e dall'altra, per prevenire il rischio di elusioni, impone comunque a ciascun giudice di comunicare al Presidente «qualsiasi» attività collaterale, a prescindere dalla qualificazione che sia incline ad attribuirle l'interessato.

Il medesimo articolo, inoltre, preclude agli ex giudici di rappresentare o assistere una parte in un giudizio dinanzi alla Corte, qualora il ricorso sia stato depositato prima della scadenza del mandato⁷⁷. In tal modo, indipendenza ed imparzialità vengono preservate non solo sul piano della *realtà* (la serenità di giudizio dei giudici in carica potrebbe venir meno dalla prospettiva di dar torto o ragione ad un ex collega), ma anche dell'*apparenza* e, quindi, della *credibilità* presso l'opinione pubblica: chi, appena dismessa la toga di giudice, vestisse quella del difensore, non potrebbe che suscitare dubbi sull'effettiva terzietà con cui egli abbia svolto il proprio incarico precedente⁷⁸.

Tornando ai condizionamenti "esterni", va poi considerato che i giudici di Strasburgo godono di un'ampia gamma di immunità, derivanti dal loro *status* giuridico di «agenti del Consiglio d'Europa»⁷⁹. Inoltre, l'art. 23 CEDU stabilisce che ciascuno di essi resta in carica per un periodo piuttosto lungo (nove anni), non è rieleggibile e può essere sollevato dal suo ufficio soltanto qualora non ne abbia più i requisiti (non, quindi, per il merito delle sue decisioni); ferma restando, al riguardo, la necessità di una delibera da parte della stessa Corte, da approvarsi in sessione plenaria e previa audizione dell'interessato (art. 7 Reg.). E ancora, gli artt. 24 e 25 CEDU conferiscono alla Corte autonomia regolamentare per quanto attiene al funzionamento proprio e della Cancelleria⁸⁰.

⁷⁷ Identica incompatibilità è prevista per i giudici introitati fino a due anni dopo la scadenza del mandato, ma essa è rimessa al prudente apprezzamento del Collegio.

⁷⁸ L'esigenza di prevenire l'insorgere di condizionamenti interni all'organo è alla base della previsione, sancita dall'art. 8 Reg., secondo cui il presidente ed i vice-presidenti sono eletti a suffragio segreto ed a maggioranza assoluta: tale sistema, oltre ovviamente a garantire la piena libertà del voto, fa sì che essi, da una parte, ignorino l'identità stessa di chi li ha sostenuti, e dall'altra non debbano sentirsi successivamente legati da alcun vincolo di "gratitudine" verso un gruppo più o meno ristretto di colleghi.

⁷⁹ In particolare, l'articolo 18 dell'Accordo generale sui privilegi e le immunità del Consiglio d'Europa (firmato a Parigi il 2 settembre 1949) fornisce un cospicuo "pacchetto" di immunità in ambito penale, civile e fiscale, con una sostanziale equiparazione agli agenti diplomatici in materia di circolazione e valuta. Tale trattamento è stato meglio dettagliato, con specifico riferimento ai giudici EDU, dapprima dal IV e dal V Protocollo addizionale (fatti, rispettivamente, a Parigi il 16 dicembre 1961 e a Strasburgo il 18 giugno 1990), quindi, dall'entrata in funzione della "nuova" Corte (1° novembre 1998, *ex* Prot. XI CEDU), dal VI Protocollo (Strasburgo, 5 marzo 1996).

⁸⁰ Al regolamento, da approvarsi in «Assemblea plenaria», compete tra l'altro la disciplina sull'elezione di presidente, cancelliere e relativi sostituti.

7. *Segue: pluralismo ed efficienza*

Gli articoli 20 e 22 CEDU stabiliscono che i giudici sono eletti in numero «pari» a quello delle Alte Parti contraenti e, altresì, «in relazione» a ciascuna di esse. Dietro tali formule non è difficile intravedere l'intento, da parte dei compilatori, di impiegare il pluralismo etnico-culturale nel senso che si è sopra segnalato, ossia come fattore di legittimazione delle sentenze emanate dalla Corte. A queste ultime, cioè, ciascuno Stato ha accettato di assoggettarsi, auto-limitando ogni volta la propria sovranità, solo a due condizioni: la garanzia di poter – *lato sensu* – partecipare alla maturazione delle decisioni (attraverso un “proprio” giudice), e quella di poter fare ciò in misura non inferiore agli altri Paesi (rispetto ai quali, pertanto, esso resta comunque “parimenti” sovrano). In quest’ottica deve riguardarsi la regola, fissata dall’art. 28 CEDU, per cui la presenza in giudizio di un certo Stato comporta l’inserimento, nel Collegio, del giudice – per così dire – corrispondente.

La previsione richiamata da ultimo ha anche lo scopo di assicurare all’organo un’adeguata padronanza del diritto nazionale⁸¹, incrementandone così l’efficienza. È forse per questa sua duplice utilità che essa è stata ripresa e sviluppata dal Regolamento della Corte, il quale si spinge a stabilire che, se il giudice eletto «in respect of» non appartiene alla Camera cui il ricorso è stato assegnato, egli ne diviene comunque un «ex officio member», limitatamente a quel certo giudizio (art. 26 Reg.); e che, qualora ciò non sia possibile (per incompatibilità, impedimento, morte o dimissioni), egli è addirittura sostituito da un «ad hoc judge», tratto da una lista preventivamente predisposta dal rispettivo Governo (art. 29 Reg.).

La disposizione-cardine in tema di assegnazione alle varie Sezioni è rappresentata dall’art. 25 Reg., a tenor del quale ciascuna di esse dev’essere «equilibrata» rispetto a tre parametri: il genere sessuale, la provenienza geografica e la tipologia di sistema giuridico. Invero, sul rilievo della pari rappresentanza di uomini e donne, più ancora che la Corte, ha storicamente insistito l’Assemblea parlamentare. Questa infatti, nella sua ris. 1366 (2004), dapprima ha segnalato la necessità che le rose di candidati proposte dai Governi siano «gender balance[d]» e successivamente – a seguito di ripetute modifiche, l’ultima delle quali nel 2011 – si è persino impegnata a rigettare *tout-court* eventuali *sigle-sex lists* (salvo che sia necessario «riequilibrare» la compagine dell’organo⁸², oppure ricorrano altre «circostanze eccezionali»⁸³).

⁸¹ Cfr. quanto si è osservato a proposito della riserva di seggi al Québec, in seno alla *Supreme Court* canadese (*supra*, par. 4).

⁸² Ris. 1841 (2011) del 7 ottobre 2011, che fissa una soglia minima di rappresentanza di genere nel 40%.

Quanto, infine, al fattore dell'efficienza, è piuttosto noto, e può qui richiamarsi nei suoi soli tratti essenziali, il procedimento con cui vengono esaminati i ricorsi. La Convenzione prevede infatti che essi debbono passare attraverso un "filtro" preliminare⁸⁴, affidato ad un *non-judicial rapporteur* incaricato di verificarne la ricevibilità. Se tale accertamento ha esito negativo, il ricorso viene trasmesso senz'altro ad un Giudice unico, che lo definirà in rito; altrimenti, su di esso si pronuncerà, alternativamente, un Comitato (di tre giudici) oppure una Camera (di sette giudici), a seconda che sulla questione già vi sia, oppure no, una giurisprudenza consolidata. La Grande Camera, composta da ben diciassette giudici, può essere chiamata in causa solo eccezionalmente⁸⁵, per dirimere «gravi» problemi interpretativi, prevenire contrasti giurisprudenziali o, ancora, per decidere sull'impugnazione di una sentenza emessa da una Camera (previa ulteriore deliberazione, in quest'ultima ipotesi, da parte di un Collegio di cinque giudici).

L'intento di alleggerire il più possibile il ruolo, in modo da non intralciare il lavoro della Corte, ha indotto i compilatori ad elencare all'art. 35 CEDU molteplici cause di irricevibilità. Nello stesso senso vanno intesi anche il potere di riunire due o più procedimenti introdotti separatamente (potere che la Corte si è in realtà auto-attribuita, all'art. 42 Reg.), quello di decidere ordine e tempi di trattazione secondo criteri di «importanza» ed «urgenza» (art. 41 Reg.), quello di non ammettere le osservazioni di parte che appaiano «offensive, frivole, vessatorie, ingannevoli o prolisse» (art. 44D Reg.), ovvero ancora quello di dismettere una causa *ex officio*, allorché il ricorrente insista per una riparazione che egli ha già ottenuto o che è comunque divenuta impossibile (art. 62A Reg.).

Nel corso degli anni particolare incidenza ha acquisito inoltre lo strumento delle sentenze-pilota (art. 61 Reg.), cui il Giudice di Strasburgo affida la rimozione di violazioni della CEDU che egli giudica «strutturali» e che, proprio perché tali, tendono ad ingenerare una mole notevole di ricorsi, di contenuto analogo tra loro⁸⁶.

⁸³ In ogni caso, il par. 4 ris. 1366 (2004) (come modificato, da ultimo, con la ris. 2002 (2014)) stabilisce che lo Stato deve dimostrare di aver fatto di tutto per rispettare la regola della parità dei sessi, dalla quale può esimersi solo con l'approvazione del Comitato dei Ministri (a maggioranza dei due terzi) e della stessa Assemblea.

⁸⁴ Il filtro di ammissibilità non si applica ai ricorsi proposti dagli Stati, che tuttavia costituiscono una netta minoranza.

⁸⁵ Basti pensare che, nel momento in cui viene licenziato il presente lavoro (7 settembre 2017), stando al *database* della Corte (www.hudoc.echr.coe.int) la *Grand Chamber* si sarebbe pronunciata solo 4.076 volte, mentre i Comitati 13.801 e le Camere addirittura 75.968 volte.

⁸⁶ Su questa tipologia di decisioni (inaugurata dalla sent. C.EDU [GC] 22 giugno 2004, ric. 31443/96, *Broniowski*) e sul «cambiamento del ruolo» della Corte, che essa implica, v. VANNUCCINI (2016: 8 ss.).

Infine, va segnalato che la concreta capacità, da parte della Corte, di soddisfare in modo rapido ed incisivo le istanze di tutela che le sono rivolte ha subito un notevole incremento con l'introduzione della possibilità, sin dal 1959, di emanare misure cautelari⁸⁷.

8. La Corte EDU tra «legittimazione per valori» e recenti iniziative di riforma

Dall'analisi sin qui condotta sembra potersi concludere che la Corte EDU non sia meno legittimata ad incidere sulle scelte legislative dei Parlamenti, rispetto a quanto non lo siano (ed *entro gli stessi limiti* in cui già lo siano) i vari Giudici costituzionali statali.

La possibile lesione della sovranità statale, che taluni⁸⁸ hanno creduto di riconoscere dietro un uso talora disinvolto delle tecniche ermeneutiche, rappresenta un problema reale, che non merita però di essere sopravvalutato. Nell'istituire la Corte di Strasburgo, infatti, gli Stati contraenti le hanno affidato il compito di garantire il rispetto di quello che, proprio con la sottoscrizione della CEDU, essi riconoscevano quale bagaglio di valori condivisi, primi fra tutti il rispetto della persona umana e della sua intrinseca dignità, oltre all'esigenza di proteggere le minoranze dagli abusi che possono talora provenire dalle maggioranze di governo⁸⁹. Fin dalla riflessione giusnaturalistica del XVII secolo, è proprio la garanzia di tali valori (o meglio, la loro concreta attuazione nella vita consociata) a costituire il fondamento teleologico e giustifi-

⁸⁷ La tutela cautelare (volutamente omissa nel testo della CEDU, per l'iniziale riluttanza degli Stati a limitare la propria sovranità) fece la propria comparsa nell'art. 34 del Regolamento della Corte previgente, nonché, quindici anni più tardi, nell'art. 36 dell'analogo Regolamento adottato dalla Commissione; attualmente, l'istituto è disciplinato dall'art. 39 Reg. Mette conto segnalare che, fino al 2010, la stessa Corte riteneva che i propri provvedimenti cautelari fossero comunque privi di efficacia vincolante (sent. C.EDU 20 marzo 1991, ric. 15576/89, *Cruz Varas et al.* e cfr. poi sent. C.EDU [GC] 4 febbraio 2005, ricc. 46827/99 e 46951/99, *Mamatkulov et al.*; sent. C.EDU 10 marzo 2009, ricc.39806/05, *Paladi*), come all'epoca evidenziato da SACCUCCI (2006: 12 ss.). Sul riconoscimento pattizio di tale potere ad altri Giudici internazionali v. SACCUCCI (2006: 37 ss.).

⁸⁸ In questo senso, oltre alle considerazioni del Presidente della Corte costituzionale russa (*supra*, par. 2), v. in part. i timori espressi da GAETA (2008: § 7) e LUCIANI (2007: 15-16) e cfr., con più generale riferimento all'efficacia delle sentenze di Strasburgo, le analoghe perplessità espresse da ESPOSITO (2002: 17 ss.), CANNIZZARO (2010: 129-130) e GRECO (2011: 15 ss.).

⁸⁹ Il riferimento è a quella insidiosa forma di degenerazione della democrazia storicamente designata come «dittatura della maggioranza». Tale locuzione, com'è noto, fu proposta per la prima volta da DE TOCQUEVILLE (1968: 292 ss.) e poi ripresa – con accezione, però, almeno in parte meta-giuridica – da MILL (2015: 67); anche se è innegabile che il concetto di base ricalca quella «oclocrazia» di cui scriveva lo storico greco POLIBIO già nel II secolo a.C.

cativo della sovranità statale. In quest'ottica, la Corte EDU finisce per condividere con i Giudici costituzionali nazionali quello che è, a ben vedere, il loro fattore di legittimazione *ultimo*, per certi versi *presupposto* di tutti gli altri fin qui enucleati: la difesa – anche in un'ottica interna a ciascuno dei Paesi firmatari – della «decisione politica fondamentale», rappresentata dal nocciolo duro di ogni Costituzione e capace di conferire al suo Custode quella che è stata definita in dottrina «legittimazione per valori», di contro alla «legittimazione maggioritaria» propria del Parlamento⁹⁰.

D'altro canto – mutuando per la Corte di Strasburgo quanto già osservato, in dottrina, a proposito della Corte costituzionale italiana⁹¹ e della Corte del Lussemburgo⁹² – il fatto che le sentenze della Grande Camera non siano suscettibili di “verifica” in un successivo grado di giudizio rende quantomeno auspicabile che esse veicolino orientamenti quanto più possibile costanti nel tempo, evitando bruschi *overruling* che potrebbero intaccare, anche gravemente, la credibilità dell'organo.

Infine, e in ogni caso, non può negarsi rilievo alla circostanza che al ruolo “contro-maggioritario” della Corte – malgrado qualche tentennamento – gli stessi Governi nazionali hanno recentemente dimostrato di non voler affatto rinunciare. Nel Rapporto esplicativo al Protocollo XV del 2013, infatti, si legge che i principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento (che il detto accordo ha formalizzato, nell'intento di riguadagnare protagonismo agli Stati⁹³) coincidono con quelli elaborati dalla stessa Corte: questa continuerà pertanto a supervisionarne l'applicazione, come del resto ad interpretare, «authoritatively», l'intera CEDU. Nell'ottobre dello stesso anno, inoltre, un ulteriore Protocollo ha introdotto⁹⁴ un meccanismo di rinvio pregiudiziale interpretati-

⁹⁰ In questi termini MEZZANOTTE (1984: 115), cui *adde* però l'avvertenza di SPADARO (2005: 577-578), sulla possibile degenerazione «totalitari[a]» («clerico-critic[a]») di un sindacato costituzionale che pretendesse di operare in modo esclusivamente autoreferenziale. Sulla funzione, per così dire, necessariamente «antimaggioritaria» della giustizia costituzionale cfr. ROMBOLI (2007: § 5, nt. 111), e gli ulteriori Autori ivi citati.

⁹¹ Sulla fedeltà ai propri precedenti come fattore di legittimazione per tutti gli organi di unica (o di ultima) istanza si soffermano, tra gli altri, MALFATTI-PANIZZA-ROMBOLI (2016: 353-354).

⁹² Cfr. BIN (2016 :3-4).

⁹³ Sulle ragioni e sugli obiettivi del processo di riforma della Corte v. NALIN (2014: 117), che richiama tra l'altro il concetto della tutela dei diritti come «responsabilità condivisa» tra gli Stati e la Corte, secondo quanto emerso nelle Dichiarazioni di Interlaken (19 febbraio 2010; in dottrina cfr. ZAGREBELSKY, 2010: 309 ss.) e di Izmir (27 aprile 2011), nonché le istanze di ridimensionamento del ruolo della Corte, avanzate soprattutto dal Regno Unito in occasione della Conferenza di Brighton del 19 aprile 2012 (su cui v. NALIN, 2014: 124 e soprattutto RAIMONDI, 2012).

⁹⁴ Al 7 ottobre 2017, il nuovo accordo risulta ratificato da soli otto Paesi (Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, Repubblica di San Marino, Slovenia), dei dieci fissati come soglia minima per la sua entrata in vigore.

vo, attivabile dai giudici nazionali sulla falsariga di quello già previsto, nell'ordinamento dell'Unione europea, per la Corte di giustizia⁹⁵: è facile prevedere che tale nuovo procedimento, se da un canto ridurrà il numero dei ricorsi individuali, dall'altro finirà in pratica per anticipare e rendere ancor più capillare l'intervento del Giudice EDU, la cui influenza, dispiegandosi allora non più soltanto sui Parlamenti, ma anche – e direttamente – sui rispettivi organi giurisdicenti⁹⁶, non potrà che risultarne accresciuta⁹⁷.

Riferimenti bibliografici

ARCIDIACONO, Luigi - CARULLO, Antonio (2011). *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM

BARDUSCO, Aldo (2013). “La Costituzione degli Stati Uniti d’America”. In AA.VV., *Costituzioni comparate*. Torino: Giappichelli

BASILICO, Alessandro E. (2010). “Tra giurisprudenza inglese e diritti europei: quattro sentenze della nuova Supreme Court”. *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 00

BICKEL, Alexander M. (1962). *Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press

BIN, Roberto (2016) “Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?”. *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, n° 7

BOGNETTI, Giovanni (1996). “Poteri (divisione dei)”. In Sacco (cur.), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI. Torino: UTET

CALAMO SPECCHIA, Marina (2009). “Il *Conseil constitutionnel* e lo sviluppo della giustizia costituzionale in Francia”. In Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*. Padova: CEDAM

CALAMANDREI, Piero (1966). *Governo e magistratura*. In *Opere giuridiche*, Napoli: Morano

CANNIZZARO, Enzo (2010). “Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l’art. 117, 1° comma, Cost.”. *Rivista di diritto internazionale*, n° 1

CASELLA, Rino (2011). “L’indipendenza del Consiglio costituzionale francese”. In

⁹⁵ Su questo (tendenziale) parallelismo v. MARCHINI (2014) e CONTI (2014: 4 ss.), che si sofferma anche sulle questioni legate alla (teorica...) non vincolatività del parere di Strasburgo.

⁹⁶ Invero, il Protocollo prevede che potranno “dialogare” con la Corte EDU non già tutti i giudici nazionali, bensì solo quelle «alte giurisdizioni» (art. 1) che ciascun Paese è chiamato designare, in via preventiva, al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica. Pur con questo (significativo) temperamento, non c’è dubbio che – come affermato nel testo – la novella renderà comunque ancor più penetrante l’incidenza delle decisioni di Strasburgo (anche) sui giudici comuni, se non altro per via della funzione nomofilattica naturalmente svolta, all’interno di ogni circuito giudiziario, dagli organi di ultima (o unica) istanza.

⁹⁷ Di questo avviso NALIN (2014: 141 ss.); ma cfr., già nella fase preparatoria, RAIMONDI (2012: 5).

Calamo Specchia, *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*. Torino: Giappichelli

CHESSA, Omar (2014). *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*. Milano: Franco Angeli

CIANCIO, Adriana (2008). *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano: Giuffrè

CIANCIO, Adriana (2016). "Il controllo preventivo di legittimità sulle leggi elettorali ed il prevedibile impatto sul sistema italiano di giustizia costituzionale". *Federalismi.it*, n° 19

CONTI, Roberto (2014). "La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea". *Consulta OnLine*, 18 maggio 2014

DI GREGORIO, Angela (2011). "L'influenza del contesto politico sulla composizione e l'attività della Corte costituzionale della Russia: un problema vecchio con recenti conferme". In Calamo Specchia, *op. cit.*

DI GREGORIO, Angela (2016). "Russia. Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte europea per i diritti dell'uomo tra chiusure e segnali di distensione". *Federalismi.it*, n° 2

ESPOSITO, Vitaliano (2002). "La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani". In *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n° 1

FABIANO, Laura (2011). "Legittimità e indipendenza della Corte suprema statunitense nella procedura di nomina dei suoi giudici". In Calamo Specchia, *op. cit.*

FALCON, Giandomenico (2011). "Le Corti costituzionali e i loro giudici". *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 18 maggio

GAETA, Piero (2008). *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione*, relazione all'incontro di studio "Giudice penale, giudice costituzionale e corti sopranazionali" (Roma, 11-13 febbraio 2008), in *www.csm.it*

GIUFFRÈ, Felice (2016). "Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza". *Federalismi.it*, n° 7

GRECO, Roberta (2011). "Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113". *Consulta OnLine*, 21 novembre 2011

GUAZZAROTTI, Andrea (2016). "La Russia, la CEDU e i controlimiti". *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, n° 4

HOUSE OF COMMONS - JUSTICE COMMITTEE (2010). *Crown Dependencies. Eighth Report of Session 2009-10*. London: The Stationery Office, vol. 1

HOUSE OF COMMONS - JUSTICE COMMITTEE (2014). *Crown Dependencies: developments since 2010. Tenth Report of Session 2013-14*. London: The Stationery Office

KILEY, Deborah (1999). "Merit selection of California judges", pp. 6-7. In *www.mcgeorge.edu*, 2 marzo 1999

LECIS COCCO ORTU, Anna M. (2013). "La QPC tra rivoluzione ed eccezione: la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione". *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 3

LUCIANI, Massimo (2007). “Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a””. *Federalismi.it*, n° 16

LUTHER, Jörg (1996). “Problemi di organizzazione e funzionamento degli organi di giustizia costituzionale in Germania”. In Costanzo, *L’organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino: Giappichelli

MAK, Elaine (2015). “Case Selection in the Supreme Court of the Netherlands - Inspired by Common Law Supreme Courts?”. *European Journal of Current Legal Issues*, n° 1

MALFATTI, Elena - PANIZZA, Saule - ROMBOLI, Roberto (2016). *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, V edizione

MARCHINI, Martina (2014). “Il Protocollo n. 16 alla CEDU: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia”. *Eurojus.it*, 13 novembre 2014

MARTINO, Pamela (2011). “La Corte suprema del Regno Unito tra *rule of law* e garanzia di *appearance of independence* del Giudiziario: la sovranità parlamentare in discussione?”. In Calamo Specchia, *op. cit.*

MARZULLI, Gaetano (2011). “*Watching the watchmen*: metodi di selezione, indipendenza e legittimazione delle Corti supreme statali negli Stati Uniti d’America”. In Calamo Specchia, *op. cit.*

MASTROMARINO, Anna (2011). “La *mala temporada* del *Tribunal Constitucional* spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica”. In Calamo Specchia, *op. cit.*

MEZZANOTTE, Carlo (1984). *Il giudizio sulle leggi. Corte costituzionale e legittimazione politica*. Roma: Tipografia veneziana

MILL, John S. (2015). *La libertà* [trad. it.]. Milano: Rizzoli

MONTANARI, Laura (2011). “La composizione della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina tra influenza del fattore etnico e garanzie internazionali”. In Calamo Specchia, *op. cit.*

NALIN, Egeria (2014). “I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”. *Studi sull’integrazione europea*, n° 1

PEGORARO, Lucio (2015). *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Torino: Giappichelli

POLI, Maria D. (2011). “Le Corti costituzionali dei *Länder* in Germania: assetti strutturali e problemi aperti”. In Calamo Specchia, *op. cit.*

RAIMONDI, Guido (2008). *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’Uomo*. Napoli: Editoriale scientifica

RAIMONDI, Guido (2012). “La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”. *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 3

RAMPIONI, Roberto (2004). “«IN NOME DELLA LEGGE» (ovvero Considerazioni a proposito di interpretazione *creativa*)”. *Cassazione penale*, n° 1

ROMBOLI, Roberto (2007). “La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente”. In *www.archivio.rivistaaic.it*

SACCUCCI, Andrea (2006). *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*. Torino: Giappichelli

SCIANNELLA, Lucia G. (2011). “La legittimazione delle Corti costituzionali su base etnica: il caso belga”. In Calamo Specchia, *op. cit.*

SONELLI, Silvia A. (2015). “La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito”. In Sonelli, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino: Giappichelli

SPACCAPELO, Chiara (2009). *L'imparzialità dell'arbitro*. Milano: Giuffrè

SPADARO, Antonino (2005). In D'Aloia, *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli

TALLINI, Valerio (2011). “L'immunità dei giudici della Corte costituzionale ex art. 3, ult. comma, l. cost. n. 1/1948 e il rinvio (formale o materiale?) all'art. 68, secondo comma, Cost.”. *Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna*, 25 gennaio 2011

TOCQUEVILLE (DE), Alexis (1968). “La democrazia in America” [trad. it.]. In *Scritti politici di Alexis de Tocqueville*, vol. II. Torino: UTET

TONELLO, Fabrizio (2010). “Il Presidente tra Congresso e Corte Suprema”. In Passarelli, *Presidenti della Repubblica*. Torino: Giappichelli

VANNUCCINI, Sabrina (2016). “Lineamenti essenziali sull'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulle modalità di espletamento dell'attività in ordine alla c.d. *post-judgment phase*”. *Federalismi.it*, n° 1

VIGANÒ, Francesco (2015). “Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo”. In Sonelli, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*. Torino: Giappichelli

VIZIOLI, Nicola A. (2011). “La nomina dei giudici della Corte suprema del Canada”. In Calamo Specchia, *op. cit.*

WOELK, Jens (2011). “Il Tribunale costituzionale federale tedesco: “guardiano della Costituzione” e Corte dei diritti”. In Calamo Specchia, *op. cit.*

ZAGREBELSKY, Vladimiro (2010). “La Conferenza di Interlaken. La crisi è più seria dei rimedi che i governi ipotizzano”. *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 2

ZAGREBELSKY, Vladimiro (2012). “La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato”. *Il Foro italiano*, n° 1, parte V

SOVRANITÀ STATALE IN MATERIA PENALE E CEDU. IL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA.

*Giuliana Costanzo**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rango delle disposizioni CEDU. – 3. Il principio di legalità e l'art. 7 CEDU. – 3.1. La concezione autonomista della pena. Il regime delle confische. A) Confisca per equivalente nei reati tributari. B) Confisca del veicolo. C) Confisca del terreno abusivamente lottizzato. – 3.2. Il principio di retroattività favorevole. – 3.3. Il principio di prevedibilità. – 4. Alcune conseguenze di carattere processuale. – 5. Una nuova dimensione del principio di legalità. Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

Il processo di integrazione europea rientra tra i fattori che contribuiscono, oggi, al ridimensionamento del principio di sovranità statale e alla ridefinizione degli equilibri istituzionali che caratterizzavano lo Stato di diritto ottocentesco.

In particolare, le influenze provenienti dall'Unione europea e dal sistema CEDU, spesso implicanti una rideterminazione dei confini e della portata applicativa di istituti di diritto interno, sembrano essere espressione del pluralismo politico-sociale e istituzionale che caratterizza gli attuali ordinamenti giuridici continentali, in cui il sistema delle fonti diviene multilivello e si allenta e confonde la configurazione statale dei corpi giudiziari nazionali.

La materia penale, ambito in cui più rileva la sovranità statale, non risulta esente da tale processo di integrazione e contaminazione.

Volendo limitare la riflessione alle influenze derivanti dal sistema CEDU, con il presente contributo ci si propone di considerare talune delle più recenti attestazioni della Corte di Strasburgo e della Corte costituzionale italiana al fine di evidenziare, attraverso alcuni casi concreti, il rapporto fra diritto penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, per l'effetto, il riassetto dei poteri statali che ne deriva.

* Università degli Studi di Catania Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali.

2. Il rango delle disposizioni CEDU

Appare preliminare alla trattazione dei casi giurisprudenziali specifici, la questione relativa al rango da riconoscere alle disposizioni della CEDU all'interno del nostro ordinamento.

Tale problematica è stata ripetutamente affrontata dalla Corte costituzionale che, a partire dalle sentenze n. 348¹ e n. 349² del 2007, ha affermato la posizione sub-costituzionale di tali norme cui deve riconoscersi lo stesso rango dello strumento che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive, cioè la legge ordinaria. Nello specifico, secondo la Consulta, le disposizioni della Convenzione rappresenterebbero delle norme interposte, il cui riferimento costituzionale risiederebbe nell'art. 117 Cost., nella parte in cui si prevede che l'esercizio della potestà legislativa avvenga *nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*.

Così, a parere dei giudici costituzionali, al giudice ordinario compete interpretare la norma interna in modo *convenzionalmente conforme* e, in subordine, ove questa opzione non sia praticabile, sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto della norma interna con l'art. 117, primo comma, Cost.³. L'eventuale contrarietà di quest'ultima con la CEDU non potrà, dunque, essere risolta dal giudice ordinario attraverso la *disapplicazione* della legge interna (come accade, invece, quando il contrasto concerne il diritto comunitario), ma dovrà essere da questi sottoposta al giudice delle leggi (MARINUCCI-DOLCINI, 2015: 52-53).

Per effetto di tale impostazione ermeneutica, le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – così come interpretate dalla giurisprudenza *consolidata* della relativa Corte⁴ – sembrano divenire, quindi, canone *diffuso* di interpretazione delle norme nazionali e, insieme, parametri alla luce dei quali verificarne la tenuta costituzionale.

Nel prosieguo, si tratta di mettere in relazione tale meccanismo con i principi che sorreggono il nostro diritto penale.

¹ Corte costituzionale, sentenza n. 348 del 2007.

² Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 2007.

³ Chiarisce espressamente la Consulta nella sentenza n. 349 del 2007: «Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma».

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015.

3. Il principio di legalità e l'art. 7 CEDU

Il nostro sistema penale è basato sul principio di stretta legalità formale: è reato solo ciò che, nel rispetto dei principi costituzionali, è stabilito con una legge dello Stato. I giudici, a loro volta, sono soggetti soltanto alla legge (art. 101 Cost.) e sono tenuti a dare applicazione alle disposizioni contenute nelle norme di legge; è preclusa loro la possibilità di qualificare un fatto come criminoso per il suo carattere sostanzialmente antigiuridico o di non ritenerlo tale per la sua scarsa rilevanza sociale.

Il principio di legalità è sancito, nel nostro ordinamento, nell'art. 1 c.p., per i reati e per le pene, nell'art. 199 c.p., per le misure di sicurezza, e nell'art. 25 Cost. In base al dettato costituzionale, nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nell'art. 7 CEDU, sotto la rubrica "*Nulla poena sine lege*", è stabilito che nessuno può essere condannato «per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Nonostante tale ultima disposizione sembri ricalcare il dettato dell'art. 25 Cost. e limitarsi a disciplinare gli aspetti successivi delle norme penali, è opinione diffusa che essa avrebbe una capacità innovativa e rafforzativa della portata garantistica dei principi di legalità e di irretroattività positivizzati nel sistema italiano (BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, 2001: 274)⁵.

Nello specifico, i giudici europei hanno ritenuto di poter dedurre dalla interpretazione dell'art. 7:

- La concezione "autonomista" della pena e, in generale, della "materia penale";
- Il principio di retroattività favorevole;
- Il principio di prevedibilità, non solo delle norme ma pure degli orientamenti giurisprudenziali.

Si tratta dunque di osservare se e in che modo tali opzioni ermeneutiche abbiano influenzato principi e istituti di diritto interno.

⁵ Gli Autori evidenziano come tale maggiore ampiezza applicativa derivi, fra l'altro, dal fatto che l'operatività dell'art. 7 CEDU muove dalla sostanziale equiparazione del formante giurisprudenziale alla legge, frutto della fusione di orizzonti tra universi di *civil law* e di *common law*. Nella lettura dell'art. 7 CEDU, alla fonte legislativa va equiparata la fonte giurisprudenziale.

3.1. La concezione autonomista della pena. Il regime delle confische

A partire dalla sentenza *Engel c. Paesi Bassi* (8 giugno 1976), la Corte di Strasburgo ha inaugurato un filone giurisprudenziale volto a riconoscere lo status di *pena*, ex art. 7 CEDU, a tutte quelle misure che, indipendentemente dalla classificazione *formale* ricevuta negli ordinamenti di origine degli Stati membri, presentino determinate caratteristiche *sostanziali*.

Nello specifico, gli indici – alternativi e non cumulativi – in base ai quali sarebbe possibile dedurre la natura *penale* della sanzione e, quindi, operare tale riqualificazione sono stati individuati ne: 1) la qualificazione dell'infrazione nel diritto interno; 2) la natura dell'infrazione o dell'illecito; 3) la natura e la gravità della sanzione (BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, 2001: 261).

L'obiettivo di tale operazione ermeneutica è di evitare che le scelte di politica criminale degli Stati membri, in specie i processi di decriminalizzazione, possano tradursi in detrimento delle garanzie individuali, sottraendo gli illeciti (e le relative sanzioni) alla tutela predisposta negli artt. 6 e 7 CEDU: «Dal momento che la nozione di “pena” ha una portata autonoma, la Corte, per poter rendere efficace la protezione offerta da tale disposizione, deve essere libera di spingersi al di là delle apparenze e di giudicare essa stessa se una determinata misura consiste effettivamente in una “pena” ai sensi di tale disposizione» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 agosto 2007, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia* 2007). Dalla qualificazione sostanziale di una data misura in termini di *pena* deriva, infatti, l'estensione alla stessa delle garanzie previste dalla Convenzione, prima tra tutte quella legata al rispetto del principio di irretroattività sfavorevole.

Nell'ottica di tale concezione, da taluna dottrina denominata “autonomista della pena”⁶, si è posta la questione della compatibilità con l'art. 7 CEDU di alcune ipotesi di confisca disciplinate nel nostro ordinamento.

In tal senso, paiono particolarmente significative le vicende che hanno riguardato la confisca per equivalente, la confisca del veicolo e la confisca del terreno abusivamente lottizzato; ipotesi rispetto alle quali risulta interessante osservare pure la diversa natura degli interventi della Corte costituzionale italiana. A fronte della possibile contrarietà delle norme interne con quelle della Convenzione, la Consulta, infatti, ha più volte preso atto dei principi elaborati in sede europea giungendo ora a salvare la norma nazionale tramite una interpretazione convenzionalmente orientata, ora a dichiarare l'illegittimità costitu-

⁶ Si esprime in tal senso, tra gli altri, GAROFOLI (2016:25).

zionale della disposizione interna, ora a sbarrare l'ingresso a letture ermeneutiche eccessivamente invasive dei nostri principi fondamentali.

A) *Confisca per equivalente nei reati tributari*

Nel 2000, con legge n. 300, il legislatore italiano ha introdotto, nell'art. 322 *ter* c.p., per i reati previsti negli artt. da 314 a 320 c.p., la misura di sicurezza patrimoniale della confisca per equivalente: allorquando non sia rinvenibile il profitto o il prezzo del reato, la confisca si esercita su beni di altro tipo aventi un valore corrispondente a quello del profitto o del prezzo.

Con la legge finanziaria del 2008 (l. n. 244 del 2007), l'applicazione di tale disposizione è stata estesa ai reati tributari. In particolare, nell'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, si prevede che «Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale».

Tra gli effetti di tale riforma vi è stato quello, discendente dalla qualificazione di tale strumento come misura di sicurezza, dell'applicabilità retroattiva della confisca anche ai reati tributari commessi prima dell'entrata in vigore della legge stessa. Secondo taluna dottrina, infatti, nel nostro ordinamento il principio di irretroattività sfavorevole sarebbe previsto con riferimento ai reati e alle pene, non anche con riferimento alle misure di sicurezza, alle quali si riferirebbe, invece, il solo principio di *legalità*.

Alla luce di tale conseguenza, nel 2008, richiamando la nozione di *pena* elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il GUP di Trento ha sollevato questione di legittimità costituzionale, per contrasto degli artt. 200 e 322 *ter* c.p. e dell'art. 1, c. 143, l. 244/07 con l'art. 117, comma primo, Cost., ritenendo che, alla luce delle indicazioni provenienti dalla lettura dell'art. 7 CEDU, la confisca per equivalente prevista per i reati tributari coincidesse con una *forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti* e dovesse quindi considerarsi come avente natura eminentemente sanzionatoria. La disposizione, pertanto, sarebbe stata contraria all'art. 117 Cost. poiché avrebbe permesso l'applicazione retroattiva di una misura *sostanzialmente* qualificabile come *pena*.

Sulla questione è intervenuta la Consulta (ordinanza n. 97 del 2009)⁷ che, non spingendosi sino alla dichiarazione di incostituzionalità, con una pronuncia interpretativa di rigetto, ha suggerito una *lettura convenzionalmente orien-*

⁷ Corte costituzionale, ordinanza n. 97 del 2009.

tata delle norme in oggetto ridefinendone la portata applicativa in conformità al dettato costituzionale e alla CEDU: i giudici costituzionali, acclarata la natura sanzionatoria della confisca per equivalente e richiamando pure l'art. 7 CEDU, ne hanno così escluso l'applicabilità retroattiva.

B) *Confisca del veicolo*

Con la legge n. 125 del 2008 erano stati modificati gli artt. 186 e 187 del Codice della strada introducendo, in entrambi i casi (di guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche e di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti), la *confisca obbligatoria del veicolo con il quale era stato commesso il reato a norma dell'art. 240 c.p.*

Dall'espresso richiamo contenuto nelle norme all'art. 240 c.p. si deduceva, in chiave interpretativa, la natura di misura di sicurezza di tale sanzione e, quindi, come nel caso precedente, la sua possibile applicazione retroattiva anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge stessa.

Su tale specifica conseguenza è intervenuta la Consulta (sent. n. 196 del 2010)⁸ che, chiamata a vagliare il contrasto dell'art. 186, comma secondo, lett. "c", C.d.S. con l'art. 117, comma primo, Cost., ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella sola parte in cui la norma richiama la disciplina dell'art. 240 c.p. Nello specifico la Corte costituzionale, rifacendosi pure alla concezione autonomista della pena così come elaborata dalla giurisprudenza europea in base all'art. 7 CEDU, ha ritenuto che la misura in questione avesse natura prettamente sanzionatoria e afflittiva, non anche preventiva. E ciò sulla base della duplice considerazione per cui, da un lato, tale «misura è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile» (e, dunque, «privo di attuale pericolosità oggettiva»), dall'altro, la sua operatività «non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva», sicché la misura della confisca si presenta non idonea a neutralizzare la situazione di pericolo per la cui prevenzione è stata concepita.

La confisca obbligatoria prevista dall'art. 186, comma secondo, lettera "c", C.d.S. presenta un contenuto di afflittività tale da negarne la qualificazione come misura di sicurezza e imporne, invece, la natura sanzionatoria. Una lettura coerente con il dettato di cui all'art. 7 CEDU impone, dunque, che la relativa disciplina trovi applicazione solo per i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della l. 125/2008.

⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 196 del 2010.

Le modifiche apportate dalla Consulta sono state poi recepite dal legislatore che, con legge n. 120 del 2010, ha eliminato ogni riferimento all'art. 240 c.p. e ha qualificato la confisca di cui si discute quale *sanzione amministrativa accessoria*.

C) *Confisca del terreno abusivamente lottizzato*

Nell'art. 44, comma secondo, T.U. edilizia (D.P.R. 380/2001), rubricato «Sanzioni penali», si prevede che: «La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari».

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente della Cassazione italiana, la confisca in questione rappresentava una *sanzione amministrativa* per la cui disposizione si riteneva sufficiente l'accertamento, nel corso del processo penale, della materialità del fatto: indipendentemente, cioè, da un eventuale proscioglimento o assoluzione dell'imputato, qualora in sede giudiziaria fosse stata accertata la condotta dell'agente, si sarebbe potuta per ciò solo applicare la confisca del terreno abusivamente lottizzato.

Sul quadro appena delineato è più volte intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con sentenze del 30 agosto 2007 e del 20 gennaio 2009 (*Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*), i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la prassi italiana di applicazione della confisca in presenza del solo accertamento della materialità del reato fosse contraria all'art. 7 CEDU. Nello specifico, accedendo alla *concezione autonomista della pena* sopra delineata e richiamando il principio di colpevolezza, nelle due pronunce citate la Corte europea ha ritenuto che la misura di cui all'art. 44 T.U. edilizia sia da qualificarsi propriamente come *pena*. La sua applicazione, pertanto, richiede che, nel corso del processo penale, sia accertata non solo la materialità del reato (quindi, la condotta) ma anche la colpevolezza, e quindi la sussistenza dell'elemento soggettivo.

Con la sentenza *Varvara c. Italia* (29 ottobre 2013) il quadro si è ulteriormente complicato. La Corte EDU, infatti, ha escluso che tale misura possa essere applicata in presenza di una sentenza che, pur accertando il profilo oggettivo e soggettivo della condotta illecita, dichiari l'intervenuta prescrizione del reato, di conseguenza ritenendo compatibile con l'art. 7 CEDU solo quella confisca disposta in presenza di una sentenza di condanna del soggetto.

L'eccessiva invasione di campo provocata da quest'ultima pronuncia, tuttavia, ha portato ad un intervento della Corte costituzionale che, con sentenza n. 49 del 2015⁹, sottolineando la prioritaria necessità di rispettare il principio *nazionale* di sussidiarietà in materia penale e la discrezionalità legislativa nella politica sanzionatoria *nazionale* degli illeciti, ha colto l'occasione per ribadire il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU. Ivi si precisa, nello specifico, che i giudici comuni italiani sono tenuti ad uniformarsi alla giurisprudenza europea solo allorquando questa abbia raggiunto una condivisione tale da potersi considerare "diritto consolidato". Solo in questo caso, infatti, il giudice interno è tenuto a porre la pronuncia europea a fondamento del proprio processo interpretativo, «mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo».

A tal fine, la Consulta recupera la compatibilità costituzionale della pronuncia *Varvara c. Italia* ritenendo che la nozione di "condanna" cui questa fa riferimento sia da intendere come accertamento di responsabilità e non come necessità di una formale sentenza di condanna. Essa dunque riafferma che la disposizione della confisca del terreno abusivamente lottizzato, misura amministrativa avente natura intrinsecamente penale, è possibile anche quando vi sia stata una pronuncia che dispone l'estinzione del reato per prescrizione, purché la responsabilità del soggetto sia stata anche incidentalmente accertata.

3.2. Il principio di retroattività favorevole

Nonostante il tenore letterale dell'art. 7 CEDU sia evocativo del solo divieto di applicazione retroattiva sfavorevole, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha da ultimo ritenuto che tale norma convenzionale sancisca implicitamente anche il principio di retroattività favorevole.

In particolare, è con la sentenza pilota *Scoppola c. Italia* (17 settembre 2009) che la Corte europea ha suggellato tale orientamento, non senza conseguenze sull'ordinamento italiano.

Nello specifico, i giudici europei, avvertendo la necessità di adottare un approccio interpretativo dinamico ed evolutivo, tale da rendere concrete ed effettive le garanzie assicurate dalla Convenzione, ritengono che l'art. 7 § 1 CEDU garantisca implicitamente anche il principio della retroattività della legge penale più favorevole intervenuta successivamente alla commissione del fatto.

⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015.

Per vero, si tratta di principio che, a livello di legislazione ordinaria italiana, trova già riconoscimento anche nel nostro sistema penale. L'art. 2 c.p., infatti, prevede la retroazione favorevole di quelle disposizioni che, entrate in vigore in un momento successivo alla commissione del fatto, abroghino o modifichino in meglio la disciplina precedentemente vigente. Esso non trova, tuttavia, esplicito riconoscimento nel testo della Costituzione, in cui l'art. 25, comma secondo, prevede come inderogabile il solo principio di irretroattività sfavorevole. A tal fine, il suo fondamento costituzionale viene generalmente rinvenuto nell'art. 3 Cost., cioè nei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, derogabili e bilanciabili (anche attraverso legge ordinaria) in presenza di interessi superiori.

Per effetto della sentenza *Scoppola c. Italia*, il suddetto principio sembrerebbe trovare il proprio fondamento costituzionale pure nell'art. 117, comma primo, Cost. (di cui l'art. 7 CEDU rappresenta una norma interposta) e quindi assumere un livello di inderogabilità più elevato (VIGANÒ, 2011).

Pare opportuno rilevare in tale sede come la sentenza di cui si discute abbia costituito altresì la leva per tentare un'ulteriore apertura del nostro ordinamento verso meccanismi lontani dai sistemi di *civil law*. Taluni giudici di merito italiani hanno ritenuto, infatti, di sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 673 c.p.p., nella parte in cui questo non prevede fra le ipotesi di revoca di una sentenza di condanna, la retroazione dell'eventuale mutamento giurisprudenziale favorevole acclarato da una pronuncia delle Sezioni Unite. Tale evoluzione giurisprudenziale, secondo la corte rimettente, sarebbe imposta dalla portata dell'art. 7 CEDU nella misura in cui questo, da un lato accoglie una nozione di "diritto" che ricomprende anche il diritto di formazione giurisprudenziale, dall'altro ricomprende il principio di retroazione favorevole da estendere, appunto, anche ai mutamenti del diritto vivente.

Anche in tal caso, così come nella vicenda *Varvara*, la questione non ha trovato accoglimento nella pronuncia della Consulta che, con sentenza n. 230 del 2012¹⁰, riafferma la preminenza del diritto interno e nega l'ingresso alle interpretazioni evolutive basate sulla CEDU¹¹.

¹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 2012.

¹¹ In tale occasione, la Consulta, operando una rilettura della sentenza dei giudici europei, ritiene che sino ad allora questi non abbiano mai esplicitamente esteso il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti giurisprudenziali che, invece, sono stati espressamente considerati solo con riferimento al diverso principio di irretroattività sfavorevole (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*). Essa si sofferma quindi sul diverso fondamento che caratterizzerebbe i due principi e che giustificerebbe il differente trat-

3.3. Il principio di prevedibilità

Fra i principi desumibili dall'art. 7 CEDU rientra pure quello di prevedibilità: la legge (nozione all'interno della quale, per i giudici di Strasburgo, si ricomprende sia la *statutory law* che il *case law*) deve prevedere chiaramente i reati e le pene che li reprimono. «Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*).

L'applicazione di tale principio è alla base della vicenda giudiziaria di Bruno Contrada che, condannato a dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione di stampo mafioso con riferimento a fatti commessi fra il 1979 e 1988, ha fatto ricorso alla Corte europea ritenendo di aver subito una violazione dell'art. 7 CEDU.

In tale occasione, i giudici di Strasburgo, nell'affermare che la figura del concorso esterno in associazione mafiosa costituisce un reato *di origine giurisprudenziale*, ritengono che la prima chiara attestazione di tale fattispecie con riferimento al contributo prestato all'associazione di stampo mafioso sia da ricondurre alla sentenza Demitry del 1994. L'affermazione di tale figura criminosa sarebbe pertanto successiva al momento in cui i fatti contestati sono stati commessi. Da ciò deriva che la condanna del sig. Contrada viola il principio di irretroattività sfavorevole e il principio di prevedibilità della legge: all'epoca in cui sono stati commessi i fatti, il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per il ricorrente che non poteva quindi cono-

tamento a questi riservato. Nello specifico, l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di «calcolabilità» delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale della fattispecie. Diversamente, nessun collegamento con la predetta libertà presenterebbe il principio di retroattività della norma più favorevole, in quanto la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, cui l'autore si era liberamente e consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca: trovando detto principio fondamento piuttosto in quello di eguaglianza, che richiede, in linea di massima, di estendere la modifica mitigatrice della legge penale, espressiva di un mutato apprezzamento del disvalore del fatto, anche a coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore.

scere la pena in cui sarebbe incorso per la responsabilità dei fatti a lui ascritti. La Corte EDU ha ritenuto quindi che vi sia stata violazione dell'art. 7 CEDU.

Tale pronuncia, che ha ingenerato numerose e sferzanti critiche in dottrina, specie nelle applicazioni che ne sono state fatte nella giurisprudenza italiana, rileva sia per l'accezione anglosassone in cui, anche con riferimento all'ordinamento italiano, è inteso il principio di prevedibilità, che per le diverse sentenze con cui i giudici italiani, in specie la Corte di cassazione, hanno preso atto della decisione sul caso Contrada tentando di gestirne, pure in modo differente, le conseguenze¹².

4. *Alcune conseguenze di carattere processuale*

Fra gli effetti derivanti dall'impatto della CEDU sul sistema penale italiano, diversi da quelli di carattere sostanziale sinora esaminati, ve ne sono pure altri di carattere processuale.

Fra questi, assumono particolare rilevanza quelli legati alla compressione del giudicato penale interno e alla rivisitazione del criterio in base a cui affermare, ex art. 649 c.p.p., la ricorrenza del *bis in idem*.

Con riferimento al primo profilo, si tenga conto che nel sistema penale italiano una sentenza diviene definitiva allorché avverso la stessa non siano più esperibili gli ordinari mezzi di impugnazione. Il giudicato cede solo nei casi di revisione, tassativamente elencati all'art. 630 c.p.p., nelle ipotesi di abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice vigente al momento in cui il fatto è stato commesso (art. 2, comma secondo, c.p.) e, a seguito della novità introdotta dalla l. 67/2014, nel caso previsto dall'art. 625 *ter* c.p.p. (assenza incolpevole del soggetto durante la celebrazione del processo).

Non rientra fra nessuna delle ipotesi citate la previsione dell'eventuale sentenza della Corte EDU che accerti l'iniquità o la contrarietà alla CEDU del procedimento già concluso.

Tale lacuna permane nonostante le molteplici sollecitazioni provenienti sia dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza sottolinea la necessità, in tali

¹² Fra le sentenze successive alla pronuncia della Corte EDU sul caso Contrada, si segnalano: Corte d'appello di Caltanissetta, sent. n. 924 del 2015; G.I.P. Catania, sent. n. 1077 del 2015; Corte di cassazione, sent. n. 44193 del 2016; Corte di cassazione, sent. n. 42996 del 2016. [È successiva allo svolgimento del Seminario la sentenza della Cassazione penale, n. 43112 del 2017, con cui la vicenda relativa al sig. Contrada sembra aver trovato il proprio epilogo mediante l'annullamento della sentenza di condanna].

ipotesi, di rimettere l'imputato nella posizione di godere di un processo equo garantendogli la *restitutio in integrum* e, quindi, la riapertura del processo; sia dalla Corte costituzionale che, con sentenza 129 del 2008, ha rivolto al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per consentire all'ordinamento italiano di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che avessero riscontrato, nei processi penali, violazioni dei principi sanciti nell'art. 6 CEDU o nei suoi Protocolli; sia, infine, dallo stesso Comitato dei Ministri e dall'Assemblea del Consiglio d'Europa, che hanno più volte stigmatizzato l'inerzia dello Stato italiano nell'approntare adeguate iniziative riparatorie¹³.

In assenza di una risposta legislativa, sono state elaborate differenti soluzioni giurisprudenziali.

Così, dopo il caso Somogyi, il caso Dorigo e il caso Drassich, è intervenuta la coraggiosa soluzione della Corte costituzionale che, con sentenza n. 113 del 2011, ha introdotto un nuovo caso di revisione dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost. e con l'art. 46 CEDU, nella parte in cui, nonostante la formazione del giudicato, non permette la riapertura del processo nella ipotesi di intervenuta pronuncia della Corte europea che abbia accertato la violazione delle garanzie procedurali assicurate nell'art. 6 CEDU (GRASSO-GIUFRIDA, 2015).

Di *flessione del giudicato* parla, invece, la Consulta nella pronuncia n. 210 del 2013, relativa ai c.d. "fratelli minori" di Scoppola. In tale occasione i giudici costituzionali hanno ritenuto che, posta la violazione di carattere sostanziale già accertata nella sentenza *Scoppola c. Italia* dai giudici europei, tutti gli altri casi che presentino i medesimi requisiti possono trovare uguale soluzione direttamente in sede esecutiva. In altri termini, la Corte autorizza i giudici ordinari ad applicare direttamente in fase esecutiva il disposto della Corte EDU per il tramite dell'art. 673 c.p.p., nonostante vi sia stato già un giudicato penale e nonostante tali soggetti non abbiano mai fatto ricorso ai giudici di Strasburgo.

Pare opportuno, in ultimo, evidenziare come fra le conseguenze derivanti dall'impatto della CEDU sul diritto penale italiano vi è stata pure una rilettura del principio del *ne bis in idem*. In particolare, per effetto dell'interpretazione

¹³ Per vero, da tempo si registrano nel panorama europeo spinte volte a sollecitare gli Stati membri all'adozione di strumenti idonei ad accogliere tale eventualità. Così, il Comitato dei Ministri, già nella Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, invitava le Parti contraenti «ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione».

dell'art. 4 del Prot. n. 7 CEDU fornita dai giudici europei, la Corte costituzionale ha da ultimo dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui questo «esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale» (Corte costituzionale, sent. n. 200 del 2016).

5. *Una nuova dimensione del principio di legalità*

L'enunciazione sintetica dei casi giurisprudenziali riportati sembra favorire, fra le altre, alcune riflessioni conclusive.

Una prima, è legata alla portata universalizzante, mobile ed evolutiva che caratterizza i diritti fondamentali dell'uomo, così come garantiti anche nella CEDU (DELMAS MARTY, 1994). La loro affermazione sfugge a una precisa collocazione territoriale e si mostra difficilmente riconducibile alla fonte statale e legislativa, provocando la ridefinizione delle fonti di diritto interne, dell'assetto dei corpi giudiziari nazionali e, per l'effetto, il riassetto della stessa sovranità degli Stati.

Un'altra considerazione è relativa al ruolo preminente per tale via assunto dal potere giudiziario e, in particolare, dalla Corte costituzionale italiana, chiamata a fungere da *filtro* fra la dimensione europea e l'ordinamento nazionale e, nei casi esaminati, investita del compito di decidere fino a che punto le interpretazioni evolutive della Corte europea dei diritti dell'uomo possano ridefinire confini e portata applicativa di istituti di diritto interno anche nel settore penale, in cui più forte dovrebbe essere la sovranità statale. Si è osservato, infatti, come in quelle stesse pronunce in cui si afferma il rango sub-costituzionale delle norme CEDU e si adegua l'ordinamento italiano ai principi ivi contenuti, la Consulta, assumendo le vesti di *giudice della CEDU* (VIGANÒ, 2015: 337), avverta la necessità di rimarcare i limiti entro cui tale trasposizione può avvenire, riservando pur sempre a sé stessa il compito di «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. [...] A questa Corte compete, insomma, di 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» (Corte cost., sent. n. 49 del 2015).

Entrambi i fattori paiono confluire nella definizione di una nuova accezione, sostanziale e «avanzata» (FIANDACA – MUSCO, 2014: 63)¹⁴, del principio di legalità in materia penale, di cui la magistratura diviene principale interprete e promotrice¹⁵.

Così, per effetto delle spinte provenienti *anche* dalla dimensione europea, il principio di legalità formale, elemento cardine su cui è stata costruita l'impalcatura ottocentesca dello Stato di diritto, sembra progressivamente assumere una dimensione *in action* (CADOPPI, 2014) che, da un lato, assottiglia le differenze del nostro ordinamento con i sistemi di *common law*, e, dall'altro, è espressione della destrutturazione di quello stesso modello e della inattualità dei suoi strumenti¹⁶.

Il diritto della globalizzazione trova nel carattere *mobile* del potere giudiziario (FERRARESE, 2002) il soggetto in grado di adattarlo al presente, di flessibilizzarlo, di adeguarlo alle trasformazioni sociali superando la rigidità della impostazione formalistica tradizionale e definendo i rapporti fra diversi ordini giuridici e fra differenti sistemi regolatori.

D'altra parte, il successo del potere giudiziario e il crescente ruolo del diritto giurisprudenziale, a discapito, anche in sede penale, del principio di riserva di legge, devono essere analizzati come parte di un *riequilibrio politico e istituzionale* che ha alla base una ridefinizione delle pretese di sovranità e un ridimensionamento e controbilanciamento dei poteri politici che caratterizza-

¹⁴ Affermano gli Autori: «Non deve pertanto sorprendere troppo se [...] ci si è spinti sino a sostenere che la legalità penale europea rappresenta una forma nuova e più avanzata di legalità, ormai insuscettibile di essere compresa “con la lanterna della vecchia legalità legislativa” di matrice ottocentesca. Ora, si tratti o meno di un vero e proprio rivoluzionamento nel modo di concepire il principio di legalità in materia penale, certo è che nello spazio giudico europeo tale principio assume un volto “polifonico”, almeno per un duplice ordine di ragioni [...]: da un lato perché la legalità europea non è incentrata sul primato della *lex parlamentaria* così come è concepito nell'ordine giuridico interno, ma risulta da una pluralità di fonti normative; dall'altro perché nel contesto europeo si riconosce più apertamente alla giurisprudenza il ruolo di fonte del diritto che contribuisce, insieme con il legislatore, a fissare i presupposti e i limiti dei fatti punibili. Da qui dunque la manifesta attribuzione di una funzione determinante al diritto penale giurisprudenziale, da considerare non più [...] come una sorta di prodotto patologico o abusivo che attenta al monopolio legislativo in materia penale; bensì, d'ora in avanti, come una fisiologica e irrinunciabile attività di completamento e concretizzazione, ad opera del giudice, di una legalità penale che non si esaurisce nell'insieme delle norme scritte staticamente considerate».

¹⁵ Il rapporto fra legalità europea e legalità nazionale è approfondito da DI GIOVINE (2013:159-181).

¹⁶ Si sofferma sugli elementi di destrutturazione del modello ottocentesco dello Stato di diritto, ALEO (2004).

vano il vecchio Stato di diritto, di cui si sbiadiscono e si confondono le tradizionali geometrie.

Riferimenti bibliografici

ALEO, Salvatore (2004). "Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale con riferimento particolare alla materia della criminalità organizzata". *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, p. 1-76.

BARTOLE, Sergio – CONFORTI, Benedetto – RAIMONDI, Guido (2001). *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: CEDAM, p. 258-297.

CADOPPI, Alberto (2014). *Il valore del precedente penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*. Torino: Giappichelli.

DELMAS MARTY, Mireille (1992). *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*. Milano: Giuffrè.

DI GIOVINE, Ombretta (2013). "Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione". *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, p. 159-181.

FERRARESE, Maria Rosaria (2002). *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Il Mulino.

FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo (2014). *Diritto Penale. Parte generale*. Bologna: Zanichelli.

GAROFOLI, Roberto (2016). *Manuale di diritto penale – Parte generale*. Roma: Neldiritto Editore.

GRASSO, Giovanni – GIUFFRIDA, Fabio (2015). "L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale". *Diritto Penale Contemporaneo*.

MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio (2015). *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milano: Giuffrè.

VIGANÒ, Francesco (2011). "Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza 236/2011". *Diritto Penale Contemporaneo*.

VIGANÒ, Francesco (2015). "La Consulta e la tela di Penelope". *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, p. 333-343.

LA NUOVA STAGIONE DEI CONTROLIMITI: IL CASO TARICCO ALL'ESAME DELLA CORTE COSTITUZIONALE*

*Silvia Romboli***

SOMMARIO: 1. Controlimiti e sovranità: premessa. – 2. Alcune applicazioni dei controlimiti da parte dei giudici comuni e la “quasi” applicazione degli stessi da parte della Corte costituzionale. – 3. L’applicazione dei controlimiti (o del limite dei principi supremi) in due casi non riguardanti l’Ue (le norme del Concordato e l’immunità dalla giurisdizione civile nell’ipotesi di crimini di guerra). – 4. La mancata applicazione dei controlimiti nei confronti di sentenze della Corte di giustizia nei casi Melloni (Spagna) e Fransson (Svezia). – 5. Il “contatto ravvicinato” tra Giudici costituzionali e la Corte di giustizia e la previsione di modalità con cui prevenire i momenti di contrasto. – 6. Il “caso Taricco”: la sentenza della Corte di giustizia e le differenti risposte dei giudici nazionali. La proposizione della questione di legittimità costituzionale ed i principi fondamentali che si suppongono violati. – 7. La sentenza Taricco della Corte di giustizia nei commenti della dottrina. – 8. La questione di costituzionalità pendente davanti alla Corte costituzionale e le possibili soluzioni prospettate dalla dottrina. Riferimenti bibliografici.

1. *Controlimiti e sovranità: premessa*

Scopo della mia comunicazione è quello di segnalare la particolare attenzione che negli ultimi anni viene riservata allo strumento, da tempo noto, dei controlimiti, vale a dire il confine oltre il quale un ordinamento nazionale non può cedere la propria sovranità, dal momento che perderebbe i propri connotati e caratteri essenziali. Il limite è visto infatti nel rispetto dei principi fon-

* Lo scritto riproduce il testo della comunicazione presentata al Seminario Italo-spagnolo, III Convegno internazionale: “Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell’era della globalizzazione”, Catania 5-7 dicembre 2016. Successivamente alla proposizione della questione di costituzionalità richiamata nel testo (nota 34), la Corte costituzionale, con l’ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (sul punto *cfr.*, volendo, ROMBOLI S., 2018). Quest’ultima, nella sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017, C-42/17, ha fornito una interpretazione autentica della propria precedente sentenza sul caso Taricco, pure citata nel presente scritto (sentenza Corte giust. Ue 8 settembre 2015, Taricco C-105/14, nota 30). La vicenda si è poi conclusa con la Sentenza della Corte costituzionale italiana 31 maggio 2018, n. 115.

** Dottoressa di ricerca in Diritto Costituzionale, Università di Siviglia e Università di Pisa. Professoressa di Diritto Costituzionale – Esade, Universidad Ramon Lull, Barcelona

damentali dello Stato (quali principi supremi dell'ordinamento) e nella tutela dei diritti fondamentali della persona umana.

Come scrive di recente Giuliano AMATO¹, uno dei principali problemi che si pongono è quello di un possibile stridore fra l'Europa che difende la supremazia del suo diritto e l'Europa che protegge invece i nostri diritti, le quali esprimono esigenze entrambe apprezzabili, quali la superiore uniformità europea e la tutela dei diritti ("la real politik della supremazia del diritto dell'unione europea o la garanzia dei diritti dei cittadini europei?"). Significativamente, lo stesso Autore conclude che "dobbiamo tutti capire che, oltre un certo limite, l'uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono la nostra unità"².

Il ricorso ai controlimiti è stato frequentemente minacciato, ma come una sorta di "bomba atomica", che tutti si augurano che non venga mai utilizzata.

Un caso molto recente, sul quale la Corte costituzionale italiana si pronuncerà tra pochi giorni, ha riportato di attualità il tema dei controlimiti e questa volta ha fatto riscontrare molti più consensi al suo utilizzo rispetto ad altre ipotesi. Mi riferisco al noto "caso Taricco", alla ricostruzione del quale sono dedicate le mie osservazioni che seguono ad un inquadramento del tema.

Il collegamento del tema in questione alla limitazione della sovranità popolare è stato in questa occasione più volte ribadito, sia a livello dottrinario, sia a quello giurisprudenziale.

Nel primo senso è stato osservato come le ragioni profonde dei controlimiti stanno nel principio democratico e nella salvaguardia della sovranità popolare, concludendo che gli stessi esprimono non una forma di resistenza degli stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale, ma "la rigorosa affermazione della sovranità popolare, perché nei sistemi democratici i cittadini hanno questo di caratteristico: che vorrebbero contare qualcosa nelle decisioni che toccano l'intera comunità politica"³.

A livello giurisprudenziale da segnalare le affermazioni contenute nell'ampia e motivata ordinanza con cui la terza sezione penale della Cassazione ha sollevato questione di costituzionalità relativamente alle "ricadute" della sentenza Taricco sull'ordinamento interno, sulla quale tornerò in seguito, dove si riprende la posizione dottrina sopra richiamata per ribadire che "i controlimiti rappresentano lo strumento costituzionale per esercitare, nelle forme e nei limiti della Costituzione, la sovranità popolare, che può essere li-

¹ AMATO (2015: 105 ss).

² AMATO (2015: 109), il quale sostiene che dobbiamo ricercare quello che abbiamo in comune, anche se ancora non abbiamo interamente scoperto che cosa sia.

³ LUCIANI (2016: 7 ss).

mitata, ma non ceduta e le limitazioni non possono compromettere la dimensione dei principi fondamentali della Costituzione, alterando l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale"⁴.

2. Alcune applicazioni dei controlimiti da parte dei giudici comuni e la "quasi" applicazione degli stessi da parte della Corte costituzionale

La creazione giurisprudenziale della teoria dei controlimiti è troppo nota per doverla ricordare, mentre credo possa essere di qualche utilità ricordare alcuni casi in cui è stato fatto richiamo ai controlimiti da parte di soggetti diversi dal Giudice costituzionale, facendo in qualche misura riferimento ai principi espressi in proposito dalla Corte costituzionale.

Un primo caso è quello concernente la disciplina della responsabilità civile del giudice, contenuta nella c.d. legge Vassalli (l. 117/1988), la quale stabiliva la responsabilità dello Stato (e del giudice) solo in caso di colpa grave e fissava altresì la esclusione di responsabilità per l'ipotesi di interpretazione delle norme o valutazione delle prove (c.d. clausola di salvaguardia).

La Corte di giustizia di Lussemburgo, attraverso una serie di pronunce⁵, aveva affermato la non conformità ai principi del diritto comunitario della normativa italiana, per la parte in cui limitava la responsabilità al caso di "colpa grave", così come intesa dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, nonché in ragione della clausola di salvaguardia pur in presenza di una "manifesta violazione" del diritto comunitario.

Tuttavia, non tutti i giudici nazionali conformarono le loro decisioni alla suddetta giurisprudenza della Corte di giustizia; difatti, fu espressa pure la posizione secondo cui le previsioni della l. 117/88 non potevano essere disapplicate in quanto espressione della indipendenza della magistratura, da ritenersi un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, tale da porsi come controlimite e da giustificare quindi la disobbedienza alla pronuncia della Corte di Lussemburgo⁶.

⁴ Cass., sez. III pen, Pres. Grillo, Est. Riccardi, 8 luglio 2016, n. 28346.

⁵ Cfr. Corte giust. Ue 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C9/90, Francovich, *Foro it.*, 1992, IV, 145; 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e C-48/93, Brasserie du Pecheur, *ivi*, 1996, IV, 185 e 30 settembre 2003, causa C-224/01, Kobler, *ivi*, 2004, IV, 4.

⁶ Il giudice citò le affermazioni con cui la Corte costituzionale aveva valorizzato la previsione, precisando che la garanzia costituzionale della indipendenza della magistratura è diretta a tutelare, *in primis*, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto. La Corte, richiamando l'art. 2, 2° comma, l. n. 117 che escludeva

Un ulteriore caso – assai dibattuto in dottrina, la quale si esprime principalmente in senso critico verso la decisione⁷ – è stato quello relativo alla pronuncia con cui il Consiglio di Stato⁸ fece valere i controlimiti per sottrarsi all’obbligo di rinvio pregiudiziale o, in alternativa, alla disapplicazione del diritto nazionale.

Il giudice amministrativo, infatti, ricevuta la richiesta delle parti di disapplicare la disciplina nazionale in quanto contrastante con il diritto comunitario oppure di proporre una pregiudiziale alla Corte di giustizia, escluse la prima ipotesi e ritenne di non dover sollevare questione pregiudiziale, in quanto “non pertinente” e non rilevante per il caso da decidere.

La motivazione fu fondata sulla osservazione che la disciplina in discorso era il risultato di una sentenza additiva della Corte costituzionale – quindi a “rime obbligate” – che imponeva un determinato contenuto in attuazione del principio di tutela del diritto alla salute, per cui, quale che fosse stata la risposta di Lussemburgo, il giudice non avrebbe mai potuto disapplicare la normativa nazionale, dal momento che comunque la statuizione della Corte costituzionale avrebbe vincolato il giudice amministrativo all’applicazione della norma in questione, come modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, il quale avrebbe pertanto operato come controlimite.

In una recentissima decisione il Consiglio di Stato⁹ ha posto un particolare problema in ordine all’obbligo, per i giudici di ultima istanza, di proporre, in caso di dubbio, la pregiudiziale interpretativa di fronte alla Corte di giustizia.

Come noto, a seguito della giurisprudenza Cilfit, la Corte di Lussemburgo ha previsto alcune specifiche ipotesi nelle quali tale obbligo non sussiste.

espressamente che potesse dar luogo a responsabilità l’attività d’interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove, aveva infatti escluso l’illegittimità costituzionale della l. 117/1988 (Corte cost. 19 gennaio 1989, n. 18, in *Giur. cost.*, 1989, con note di FAZZALARI e di BEVERE e 22 ottobre 1990, n. 468, *ivi*, 1990, 2794).

Altri giudici, come noto, ritennero invece di proporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale per riceverne la corretta interpretazione del diritto comunitario e, sostanzialmente, una presa di posizione sulla conformità ad esso della disciplina nazionale.

La Corte di giustizia ritenne la disciplina non conforme al diritto comunitario (Corte giust. Ue 13 giugno 2006, causa C-170/03, Traghetti del Mediterraneo, *Foro it.*, 2006, IV, 417) e successivamente sanzionò, in un procedimento di infrazione, il comportamento omissivo del legislatore italiano (Corte giust. Ue 24 novembre 2011, causa C-379/10, Commissione c. Governo Italia, *ivi*, 2012, IV, 13), il quale ha poi finalmente risposto con l’approvazione della l. n. 18 del 2015.

⁷ Cfr., per tutti, RUGGERI (2006: 397); DAL CANTO (2007: 587 ss).

⁸ Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, *Foro it.*, 2008, III, 188.

⁹ Cons. Stato, sez. IV, ord. 1° giugno 2016, n. 2334

Il Consiglio di Stato ha rilevato di dover fare applicazione di una disciplina nazionale (in tema di requisiti richiesti per l'esercizio e la raccolta non a distanza di giochi pubblici), la quale il giudice stesso aveva già provveduto a sottoporre al giudizio di costituzionalità della Corte costituzionale, che aveva dichiarato infondata la questione¹⁰.

Il giudice amministrativo, allarmato senza dubbio anche per una eventuale responsabilità dello Stato per mancato esercizio della pregiudiziale da parte di giudice di ultima istanza, pose alla Corte di giustizia la questione relativa alla interpretazione dell'art. 267, par. 3, TFUE. Si chiese se potesse ritenersi corretta una lettura secondo la quale non sussisterebbe l'obbligo incondizionato del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto europeo qualora, nel corso del medesimo giudizio, la Corte costituzionale avesse valutato la legittimità costituzionale della disciplina nazionale utilizzando fundamentalmente gli stessi parametri normativi di cui si chiedeva l'interpretazione alla Corte di giustizia, ancorché formalmente diversi perché contenuti in norme della Costituzione e non nei Trattati dell'Unione Europea.

In altra occasione la questione dei controlimiti giunse al giudizio della Corte costituzionale con riferimento alla possibilità della Corte di giustizia di limitare gli effetti delle proprie decisioni fino al punto di rendere inoperante le stesse anche con riguardo al giudizio nell'ambito del quale era stata proposta la pregiudiziale comunitaria.

La Corte costituzionale sostenne in quella occasione che l'art. 24 Cost. contiene certamente un principio fondamentale del nostro ordinamento ed affermò la propria competenza a reagire, attraverso una decisione di incostituzionalità della legge di esecuzione, qualora una qualche norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, si ponesse in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o attentasse ai diritti inalienabili della persona umana¹¹. Tuttavia, quest'ultimo costituisce solo un esempio di "quasi" applicazione o di applicazione "in potenza" della teoria dei controlimiti, dato che dopo aver formulato con decisione tali affermazioni, la Corte si limitò a pronunciare una sentenza di inammissibilità per difetto del requisito della rilevanza.

¹⁰ Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56, in *Giur. cost.*, 2015, 488, con nota di CHIEPPA.

¹¹ Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, 1001, con nota di CARTABIA, la quale concluse la questione con una pronuncia processuale di inammissibilità per irrilevanza.

3. *L'applicazione dei controlimiti (o del limite dei principi supremi) in due casi non riguardanti l'Ue (le norme del Concordato e l'immunità dalla giurisdizione civile nell'ipotesi di crimini di guerra)*

La nozione dei controlimiti, riferita ai rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello dell'Unione europea, richiama con evidenza il tema più generale – cui si fa riferimento da parte di molti commentatori del “caso Taricco” – dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale nazionale, i quali rappresentano un limite, implicito, anche per il procedimento di revisione costituzionale nella logica di un potere costituito che deve necessariamente muoversi nei limiti fissati dal potere costituente¹².

Il rispetto dei suddetti limiti almeno in due diverse occasioni, non relative ai rapporti con la Ue, ha fatto concludere la Corte costituzionale nel senso del divieto di ingresso nel nostro ordinamento di discipline non rispettose di quei principi supremi.

Il primo caso, più risalente, riguarda l'affermazione secondo cui le norme del concordato immesse nell'ordinamento statale non si sottraggono, nonostante la previsione dell'art. 7 Cost., al sindacato di costituzionalità per quanto attiene alla loro conformità ai principi supremi, tra i quali la Corte costituzionale ha ritenuto dover comprendere il diritto alla tutela giurisdizionale, intimamente connesso con il principio democratico, il quale richiede che sia assicurato a tutti e sempre, per qualsiasi controversia un giudice ed un giudizio¹³.

Il secondo caso appartiene invece a pieno diritto al momento attuale che parrebbe caratterizzato da quella che è stata definita “una nuova fiammata per la teoria dei controlimiti”¹⁴.

¹² Cfr. la storica Corte cost. 29 dicembre 1988, n. 1146, *Foro it.*, 1989, I, 609.

In dottrina v., di recente, PINELLI (2016: 10 ss.), secondo cui saggiamente la Corte costituzionale ha evitato di individuare puntualmente i singoli principi supremi, creando però per il giudice una situazione di incertezza allorchè ritiene di far riferimento ad essi quale parametro per proporre una questione di legittimità costituzionale.

¹³ Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18, in *Giur. cost.*, 1982, I, 138, con nota di NANIA, la quale ha dichiarato la incostituzionalità delle disposizioni che non prevedevano che alla corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico che pronuncia la nullità del matrimonio, spettasse di accertare che nel procedimento dinanzi ai tribunali ecclesiastici fosse stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti e che la sentenza medesima non contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano.

¹⁴ CALVANO (2016: 4).

A giudizio di LUCIANI (2016) il successo attuale dei controlimiti si lega alle gravi difficoltà del processo di integrazione europea e opera come segnale di un più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario.

La vicenda è quella relativa ai giudizi intentati nei confronti della Repubblica federale di Germania per il risarcimento dei danni sofferti da tre cittadini italiani catturati da forze militari tedesche e deportati in Germania durante la Seconda Guerra Mondiale. Rispetto a tale pretesa fu fatta valere la immunità dalla giurisdizione civile degli Stati per atti ritenuti “*iure imperii*”, secondo quanto sostenuto dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza 3 febbraio 2012.

La Corte costituzionale ha ritenuto sussistere in materia la propria esclusiva competenza in considerazione del sistema accentrato di controllo di costituzionalità in ordine alla presenza di limiti – “controlimiti” per le norme dell’Unione europea – all’ingresso di norme internazionali generalmente riconosciute qualora le stesse si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana¹⁵.

La Corte ha quindi concluso che la norma convenzionale in questione vulnerava il diritto di difesa, posto a presidio della inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, ed è giunta quindi a dichiarare incostituzionale l’obbligo per il giudice italiano di adeguarsi alla sentenza 3 febbraio 2012 della Cig che gli imporrebbe di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi di diritti inviolabili dell’individuo¹⁶.

4. *La mancata applicazione dei controlimiti nei confronti di sentenze della Corte di giustizia nei casi Melloni (Spagna) e Fransson (Svezia)*

Con specifico riferimento all’applicazione dei controlimiti nel suo proprio ambito, vale a dire in quello dei rapporti con il diritto dell’Unione europea di-

¹⁵ È stato rilevato il mutamento di funzione che assumerebbe il riferimento ai “controlimiti”, i quali non avrebbero la funzione di parametro per giudicare la norma interna che introduce una disposizione in contrasto con i principi fondamentali, ma varrebbero a ritenere una norma consuetudinaria non tanto illegittima, quanto inesistente (BRANCA, 2014: 3900) e, a giudizio di altri, si assisterebbe ad una eterogenesi dei fini circa l’uso dei controlimiti come strumento utilizzato contro la sovranità statale e non come difesa della stessa (LUCIANI, 2015: 84 ss.).

VERONESI (2016: 485 ss.), si chiede perchè il filtro fatto valere dalla Corte costituzionale con riguardo alla norma convenzionale non potrebbe valere pure per le norme dell’Unione europea, le quali invece entrano nel nostro ordinamento in maniera automatica e conservano efficacia fintanto che le stesse non vengano dichiarate contrarie ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale.

¹⁶ Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, in *Giur. cost.*, 2014, 3853, con note di CONFORTI, PINELLI, BRANCA, CAPONI e RIMOLI.

rettamente applicabile negli Stati nazionali, due sono i casi più recenti da segnalare relativamente ad ordinamenti nazionali diversi da quello italiano.

Il primo concerne la Spagna ed il noto caso relativo all'imputato Stefano Melloni, il quale aveva proposto al *Tribunal Constitucional* (TC) un ricorso in amparo, ritenendo leso il proprio diritto di difesa in quanto sia la decisione di condannarlo per delitto di bancarotta fraudolenta, sia quella di estradarlo erano state prese dal giudice italiano nella contumacia dell'imputato.

Il ricorrente si richiamava alla giurisprudenza spagnola consolidata nel senso di negare in tali ipotesi l'extradizione. Il TC decise quindi di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, sottoponendo al Giudice eurounitario il dubbio sul possibile contrasto della disciplina sul mandato di arresto europeo con un principio fondamentale quale quello del diritto di difesa¹⁷.

Il Tribunale costituzionale spagnolo decise di utilizzare per la prima volta lo strumento del rinvio pregiudiziale al Giudice di Lussemburgo, spinto senza dubbio dalla necessità di chiarire quale fosse il contenuto del diritto di difesa opponibile anche fuori dalle sue frontiere, dato che in Spagna, ai sensi dell'art. 10, 2° comma, della Costituzione spagnola, i diritti fondamentali si interpretano in conformità con i trattati internazionali.

La Corte di Lussemburgo¹⁸ ha sostenuto l'impossibilità degli Stati membri di introdurre ulteriori e diverse condizioni alla disciplina del mandato di arresto europeo che possano ostacolare l'applicazione di un atto che ha come scopo agevolare la cooperazione giudiziaria, giustificandolo con la tutela del diritto di difesa. La Corte ha escluso quindi la violazione del diritto di difesa dell'imputato, in quanto lo stesso era stato regolarmente avvertito della pendenza del processo e non aveva volontariamente partecipato al medesimo.

La Corte di giustizia finisce pertanto per far prevalere l'esigenza di una uniforme interpretazione del diritto dell'Unione europea rispetto alla tutela del diritto fondamentale di difesa¹⁹, mentre il TC non ha fatto valere, come forse avrebbe potuto e qualcuno aveva ventilato, i controlimiti, ma ha ritenuto più opportuno adeguarsi alla interpretazione fornita dalla Corte di giustizia e mutare la propria interpretazione dell'art. 24 CE²⁰.

La seconda vicenda ci avvicina ancora di più al "caso Taricco" e riguarda

¹⁷ Ordinanza del *Tribunal Constitucional* n. 86, del 9 giugno 2011.

¹⁸ Corte di giust. Ue, sent. 26 febbraio 2013, Melloni, causa C-399/11, in *Processo penale e giustizia*, 2013, fasc. 4, 47, con nota di D'AIUTO.

¹⁹ Si vedano in proposito le osservazioni di GORDILLO PÉREZ e TAPIA TRUEBA (2014); TORRES PÉREZ (2014); IACOMETTI (2013); RUGGERI (2013: 91); TORRES MURO (2013).

²⁰ Sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 26 del 13 febbraio 2014.

invece il caso Fransson²¹ e l'applicabilità del principio “*ne bis in idem*” agli illeciti fiscali ed a proposito di una controversia ritenuta dalla Calvano²² *ictu oculi* totalmente rientrante nel diritto interno, dal momento che non riguardava l'applicazione di norme attuative del diritto eurounitario.

La Corte di giustizia, nel mentre ha escluso la sussistenza della violazione del principio di *ne bis in idem* - trattandosi di un giudizio amministrativo e quindi non di una ripetizione del giudizio penale già svolto - ha riconosciuto una estensione della sua giurisdizione. Pur riaffermando infatti che quest'ultima vale solo per il rispetto dei diritti fondamentali relativamente al diritto interno, che rientra nell'ambito della sfera dell'attuazione ed applicazione del diritto eurounitario, ha finito poi per estendere tale ambito alla materia della sanzione delle frodi fiscali.

Come esattamente rilevato²³, nel caso di specie la violazione del principio del *ne bis in idem* nella legislazione svedese avrebbe dovuto condurre la Corte di giustizia a negare la propria giurisdizione, trovandosi la materia all'esterno dei confini delle competenze dell'Unione europea, mentre al contrario la materia è stata attratta a livello sopranazionale in ragione del possibile impatto finanziario sul bilancio dell'Unione europea ed in ragione di un gettito ridotto a seguito di una disciplina nazionale inadeguata.

5. Il “contatto ravvicinato” tra Giudici costituzionali e la Corte di giustizia e la previsione di modalità con cui prevenire i momenti di contrasto

Una caratteristica senza dubbio rilevante degli ultimi anni in ordine alla relazione che si è venuta instaurando tra i giudici costituzionali nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea è rappresentata dal fatto che diversi ed importanti Corti costituzionali abbiano deciso “per la prima volta” di ricorrere alla Corte di Lussemburgo attraverso la questione pregiudiziale²⁴.

Tra le ragioni che portarono a questa scelta, la dottrina ha segnalato, da

²¹ Corte di giust. Ue, sent. 26 febbraio 2013, Akerberg Fransson, causa C-617/10. Sulla complessiva problematica, cfr. COSTANZO (2015: 554 ss.), nonché COSTANZO e TRUCCO (2015: 851 ss.).

²² CALVANO (2013: 3615).

²³ CALVANO (2016: 5), la quale rileva come “mentre l'ambito di applicazione del diritto Ue si estendeva, la tutela del diritto fondamentale richiesta al giudice è sembrata indebolirsi”.

²⁴ Lo hanno fatto il Tribunale costituzionale spagnolo nel 2011, il Conseil constitutionnel francese nel 2013, la Corte costituzionale italiana, nell'ambito di un giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, nello stesso anno ed il Tribunale costituzionale tedesco nel 2014.

una parte, la preoccupazione delle Corti costituzionali di poter essere condannate per non aver utilizzato lo strumento della pregiudiziale eurounitaria in quanto giudici di “ultimo grado”, e, dall'altra, il recente riconoscimento della stessa forza normativa dei Trattati dell'UE alla Carta dei diritti dell'Unione europea²⁵. Questa seconda condizione, in particolare, ha reso evidente che diritti fondamentali e libertà economiche non potevano continuare a ritenersi due realtà isolate ed indipendenti. Si tratta piuttosto di valori che debbono essere ponderati gli uni con le altre, in una attività di bilanciamento dalla quale le Corti costituzionali non possono rimanere escluse, visto il loro ruolo di massimi interpreti delle Costituzioni nazionali.

La conseguenza inevitabile di questo “contatto ravvicinato”²⁶ non poteva che essere, tuttavia, l'aumento del numero di contrasti e divergenze su specifiche questioni o casi, poiché diverse sono le normative applicate da ciascuna giurisdizione, nonché differenti gli interessi che ciascuna persegue.

In considerazione di ciò, uno dei temi maggiormente trattati negli ultimi anni è quello delle modalità attraverso le quali prevenire oppure ridurre i momenti di contrasto al fine di armonizzare i risultati delle differenti giurisprudenze (nazionali, della Corte di giustizia e della Corte EDU), per facilitare ed incentivare quello che si definisce comunemente il “dialogo fra Corti”.

Oltre, chiaramente, all'appena menzionato strumento del rinvio pregiudiziale, può essere utile a questo proposito citare il metodo della valutazione “sostanziale” della giurisprudenza europea, creato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 311 del 2009, che consiste nella ricerca della massima tutela possibile dei diritti fondamentali. In altri termini, compiere una valutazione sostanziale consente di scegliere, fra due possibili normative o interpretazioni giurisprudenziali (una nazionale, l'altra europea), quella sovranazionale solo se garantisce una tutela maggiore rispetto a quella interna. Così come, sempre introdotto dalla giurisprudenza costituzionale italiana (sentenza n. 49 del 2015²⁷), il criterio che differenzia fra una dottrina stabile o meno della Corte

²⁵ In proposito si vedano le osservazioni di ROMBOLI (2014: 431 ss).

²⁶ L'espressione è di ROMBOLI (2014: 452).

²⁷ In tal senso Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, 391, con note di REPETTO e di MONGILLO.

La questione riguardava la disciplina della confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva accertata in procedimento chiuso con assoluzione per prescrizione, in ordine alla quale la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione era nel senso che la confisca potesse essere disposta anche in presenza di causa estintiva del reato, purché fosse stata accertata la sussistenza di una lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo.

La Corte di Strasburgo (sent. 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 1392, con nota di BALSAMO) ha rilevato nella fattispecie una violazione dell'art. 7 CEDU, per il caso

Europea, che comporta l'impegno per lo Stato italiano all'applicazione solo di quella giurisprudenza del Tribunale di Strasburgo che possa ritenersi consolidata.

Senza dubbio rappresenta una modalità per ridurre o risolvere i conflitti fra giudicati il noto criterio del "margine di apprezzamento statale"; o, ancora, la teoria della tutela più intensa della Costituzione nazionale rispetto a quella offerta dalle Carte sovranazionali (in particolare, dalla CEDU o dalla Carta dei diritti dell'Unione europea). Questa seconda prassi consiste nella possibilità per i tribunali degli Stati membri (tra questi certamente anche le Corti costituzionali) di continuare ad applicare la loro giurisprudenza in merito al contenuto minimo dei diritti fondamentali, se a livello interno la protezione degli stessi è più ampia e offre più garanzie.

Tra gli strumenti sopra citati, viene, con sempre maggiore insistenza, inserito anche quello di una valorizzazione dei controlimiti, nei riguardi del Diritto Ue e delle letture fornite dal suo massimo interprete, la Corte di Giustizia Ue, soprattutto in considerazione del fatto che a tali interpretazioni è attribuita efficacia di fonte del diritto. Questo ci conduce, come anticipato, alla segnalazione delle caratteristiche del "caso Taricco" e dei problemi che esso ha finora evidenziato.

6. Il "caso Taricco": la sentenza della Corte di giustizia e le differenti risposte dei giudici nazionali. La proposizione della questione di legittimità costituzionale ed i principi fondamentali che si suppongono violati

Il "caso Taricco" prende avvio da una questione pregiudiziale rivolta da un giudice italiano alla Corte di giustizia nell'ambito di un procedimento penale per costituzione ed organizzazione di associazione a scopo di commettere più delitti in materia di Iva, con conseguente lesione degli interessi finanziari della Unione europea²⁸.

in cui la confisca sia ordinata dal giudice penale con la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato dovuta a prescrizione.

La Corte costituzionale, ribadendo la natura sub costituzionale della CEDU e quindi la superiorità della Costituzione, ha affermato che il giudice nazionale non può essere considerato un recettore inerte della giurisprudenza europea, bensì un soggetto del dialogo che con essa si viene ad instaurare. Di conseguenza ciò che si impone è solo un "diritto consolidato" oppure l'ipotesi di sentenze-pilota, mentre nessun obbligo deriva al giudice nazionale da pronunce che non esprimono un orientamento consolidato.

²⁸ Tribunale di Cuneo, ord. 17 gennaio 2014.

In particolare, oggetto della questione pregiudiziale è la conformità al diritto eurounitario della disciplina nazionale della prescrizione, per la parte in cui stabilisce che in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, la cui applicazione determinava nella maggior parte dei casi l'effetto pratico per cui l'impunità per prescrizione diveniva pressoché la regola²⁹.

Il giudice italiano faceva notare che, qualora fosse possibile disapplicare la suddetta disciplina, verrebbe più efficacemente tutelata la finalità sottesa al Diritto dell'Unione ed espressa dall'art. 325 TFUE, secondo cui “gli Stati combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri”.

La Corte di giustizia ha ribadito la propria competenza in materia di sanzioni delle frodi fiscali³⁰ ed ha risposto che, se è vero che gli Stati hanno libertà di scelta delle sanzioni applicabili, tuttavia gli stessi debbono assicurarsi che in casi di frode grave ci siano sanzioni penali effettive ed a carattere dissuasivo, avanzando altresì l'ipotesi di una illegittimità, secondo la logica propria del *tertium comparationis*, allorché tali misure siano meno efficaci di quelle che gli Stati adottano per combattere casi di frode di pari gravità che ledono gli interessi finanziari nazionali.

La Corte di Lussemburgo rileva quindi che, se il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali non soddisfano gli obblighi dell'Ue relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle pene, esso sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Ue, disapplicando tali disposizioni.

In conclusione la Corte sostiene che qualora la disciplina nazionale del prolungamento del termine di prescrizione sia tale da impedire di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, il giudice nazionale sarebbe tenuto a dare efficacia all'art. 325 TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostagli dalla suddetta disposizione. La verifica della sussistenza delle circostanze sulla base delle quali procedere alla disapplicazione è affidata al giudice³¹.

²⁹ Nello specifico, il combinato disposto degli articoli 160.3 e 161.2 del codice penale.

³⁰ Cfr. sent. Fransson citata alla nota 21.

³¹ Corte giust. Ue 8 settembre 2015, Taricco C-105/14, *Foro it.*, 2015, IV, 609, la quale si è pure posta il problema relativo alla supposta violazione dei diritti fondamentali degli interessati,

Le reazioni dei giudici italiani sono state immediate ed in molti casi decisamente difformi l'una dalle altre.

In una prima pronuncia la Corte di cassazione ha ritenuto di dover disapplicare la norma in questione, richiamando la sentenza del Giudice europeo e ritenendo presenti le condizioni ivi indicate per la sussistenza dell'obbligo di disapplicare.

La Cassazione ha ritenuto altresì che non vi fossero le condizioni per sollevare una questione di costituzionalità, dal momento che “è evidente la mancanza di controlimiti e di dubbi ragionevoli sulla compatibilità degli effetti della imposta disapplicazione con le norme costituzionali italiane” e non si ponesse “nessun dubbio di illegittimità costituzionale”, in quanto la sentenza della Corte di giustizia non incideva sulla disciplina ed i termini della prescrizione, ma sulla durata massima della interruzione e pacificamente le disposizioni *de quibus* non sarebbero dotate di copertura costituzionale ai sensi dell'art. 25, 2° comma, Cost.³².

Al contrario la Corte d'appello di Milano ha ritenuto di dover sollevare questione di costituzionalità della norma che ha introdotto in Italia il Trattato, nella parte in cui impone di applicare la interpretazione della normativa italiana indicata dalla sentenza Taricco e la conseguente disapplicazione, anche quando da ciò discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, in riferimento all'art. 25, 2° comma, Cost.

Il giudice milanese ha richiamato espressamente in proposito la presenza di controlimiti, individuati nella suddetta disposizione costituzionale, in applicazione della giurisprudenza costituzionale secondo la quale le norme sulla prescrizione sono qualificabili come norme di diritto sostanziale, che nel caso di specie verrebbero modificate *in malam partem*³³.

In altra occasione la Corte di cassazione ha invece ritenuto, nella specie, non applicabili i principi indicati nella sentenza Taricco, in quanto non si sarebbe trattato di reato “grave” ed il reato sarebbe già stato dichiarato prescrit-

specie con riguardo al principio di legalità e di irretroattività delle norme penali incriminatrici (art. 49 della Carte dei diritti fondamentali della Ue), risolvendolo in senso negativo, nella considerazione che la disapplicazione della normativa nazionale avrebbe solo l'effetto di non abbreviare il termine di prescrizione.

³² Cass. 17 settembre 2015, con nota di PENNACCHINI, secondo la quale, a seguito della disapplicazione, si avrebbe l'effetto di reviviscenza della precedente disciplina, ma solo l'applicazione alla grave frode del termine massimo previsto per i reati di cui all'art. 51 bis c.p.p. ed inoltre essa non inciderebbe sulle ipotesi di prescrizione già dichiarata, ma solo sui reati non ancora estinti al momento della sentenza Taricco ed il termine ricomincerebbe da capo a decorrere dopo ogni atto interruttivo.

³³ App. Milano, ord. 18 settembre 2015.

to. Ciò nella considerazione che la sentenza Taricco deve valere solo per fatti non ancora prescritti alla data di pubblicazione della stessa (3 settembre 2015). La questione di legittimità costituzionale è stata, di conseguenza, giudicata non rilevante per il giudizio in corso³⁴.

Da ultimo il tema è stato nuovamente esaminato dalla Corte di cassazione, la quale ha pure sollevato la questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale attraverso un'ampia ed articolata ordinanza di rimessione³⁵, che vale quindi la pena di ripercorrere nei suoi tratti essenziali.

Innanzitutto alcuni rilievi che possono essere considerati di natura più generale.

Il primo secondo cui la sentenza Taricco travalica i limiti della competenza riconosciuta dal Trattato alle istituzioni dell'Unione, rinvenendo la base legale nell'art. 325 TFUE, che non è norma penale, bensì norma sulla produzione delle leggi, la quale pone a carico degli Stati un obbligo di risultato preciso. In tal modo l'art. 325 finirebbe per attribuire una competenza penale diretta all'Unione, fuori dai limiti istituzionali del Trattato.

Un altro consiste nella affermazione in base alla quale, in ragione della indeterminatezza dei suoi contenuti (sulla quale tornerò tra un momento), l'obbligo di disapplicazione dovrebbe, solo per questo, essere ritenuto inapplicabile da parte dei giudici nazionali.

Ancora di natura generale l'esplicito richiamo fatto dalla Cassazione allo strumento dei controlimiti venendo in considerazione la violazione di diritti fondamentali e specificando come ciò non significhi affatto dar vita a scontri o guerre tra corti, ma solamente procedere ad una legittima *actio finium regundorum*.

Diversi sono poi i principi costituzionali fondamentali che si ritengono violati dalla interpretazione suggerita dalla sentenza Taricco ed in specifico:

a) il principio di irretroattività della legge penale *in malam partem*, sulla premessa, condivisa dalla giurisprudenza costituzionale, della natura sostanziale e non meramente processuale dell'istituto della prescrizione.

b) La riserva di legge contenuta nell'art. 25, 2° comma, Cost., intesa come riserva di legge in senso formale e non di "riserva di diritto". Viene infatti sottolineato come solo il procedimento legislativo è lo strumento adeguato a salvaguardare il bene della libertà personale, compreso dallo strumento penale, tutelando i diritti delle minoranze e consentendo un controllo delle scelte della maggioranza; ragion per cui in questo caso non vi può essere parificazione

³⁴ Cass. 25 gennaio 2016, n. 7914, con nota di TORMENTI.

³⁵ Cass., ord. 30 marzo 2016-8 luglio 2016, con nota di CESTARI.

tra il diritto giurisprudenziale ed il diritto politico. La Corte di giustizia, deputata ad uniformare l'interpretazione del diritto dell'Unione, è organo giurisdizionale privo di legittimazione politica e non può quindi esprimere scelte di criminalizzazione nell'ordinamento nazionale. In caso contrario assisteremo ad una mutazione genetica tra riserva di legge e riserva di diritto, con dissolvimento del monopolio legislativo in diritto penale.

c) Il principio di tassatività della norma penale. L'art. 325 TFUE non sarebbe regola suscettibile di applicazione giudiziale automatica, venendosi quindi ad operare una inversione della norma: obbligo di disapplicazione sulla base del caso concreto, anziché interpretazione della norma astratta e poi sussunzione ad essa del fatto. L'assoluta carenza di tassatività della norma – carattere effettivo e dissuasivo della norma, casi gravi, “numero considerevole dei casi” – pone a carico del giudice una valutazione fisiologicamente riservata al legislatore.

d) Il principio di separazione dei poteri e di soggezione del giudice soltanto alla legge, derivante non tanto dal fatto che l'obbligo per il giudice deriva da una fonte sovranazionale, quanto dal contenuto della disciplina che assegna al giudice valutazioni di natura politico-criminale.

e) Il diritto di difesa dell'imputato che potrebbe subire limitazioni dal sostanziale “cambiamento delle regole in corsa”.

f) Il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.), in quanto la pena non tenderebbe alla rieducazione del condannato, ma diverrebbe solo strumento di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

7. La sentenza Taricco della Corte di giustizia nei commenti della dottrina

La dottrina che si è occupata della sentenza “Taricco” ha espresso, a grande maggioranza, preoccupazione per le conseguenze cui potrebbe condurre una simile giurisprudenza, specie se confermata in futuro dalla Corte di giustizia.

In tal senso si è parlato di una decisione con “tratti di assoluta eccezionalità” per come costruisce gli obblighi penali dello Stato e per gli obblighi che va ad addossare ai giudici³⁶; di “una brutta sentenza”, “in palese contrasto con i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale”, principi di civiltà giuridica che strutturano la identità del nostro ordinamento³⁷; di una sentenza caratterizzata da “distruittività creativa”, con una accelerazione talmente brusca che pone le basi per un viaggio senza ritorno e che, più che porre in di-

³⁶ REPETTO (2016: 2).

³⁷ LUCIANI (2016).

scussione i controlimiti, supera l'idea stessa di costituzione nazionale come limite al diritto penale, travolgendone tutti gli assiomi³⁸; di pronuncia che “soverte incautamente mezzo secolo di giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea”³⁹; di una vicenda parificabile ad “una tempesta perfetta”, vicenda di enorme portata, impensabile prima che si realizzasse e che si è potuta realizzare solo perché si sono avverate una serie di condizioni⁴⁰.

Non è comunque mancato chi ha espressamente negato che la supposta violazione dell'art. 25, 2° comma, Cost. possa essere considerata un controlimite, avendo comunque la Corte di giustizia un ruolo più avvicinato a quello del legislatore che non a quello di un giudice⁴¹.

In maniera più particolare la dottrina ha segnalato, in senso negativo, come un obbligo degli Stati declinato in termini marcatamente finalistici, quindi non autoapplicativi, venga trasformato nel dovere per il giudice di disapplicare una normativa nazionale ritenuta in contrasto con tale obbligo⁴².

Questo viene ad incidere sul rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, nel senso del riconoscimento al secondo di una funzione che non le è propria e che travalica i limiti della giurisdizione⁴³, dal momento che, in casi del genere, sarebbe stato da aspettarsi che venisse chiesto, nelle forme previste, un intervento del legislatore, dal momento che la inefficacia di una normativa potrebbe discendere da differenti ragioni (farraginosità delle regole processuali, esiguità del termine prescrizione, inefficienza degli uffici giudiziari e di polizia ecc.)⁴⁴. L'effetto potrebbe essere quello di un'operazione chirurgica affidata al giudice ordinario e che domani potrebbe non avere limiti, dando vita ad una vera e propria “formazione parallela” del diritto per via giudiziaria⁴⁵.

³⁸ MANES (2016).

³⁹ BIN (2016).

⁴⁰ SOTIS (2016).

⁴¹ VIGANÒ (2016), il quale rileva come in ogni caso il diritto europeo ha gli anticorpi per tutelare, meglio che il diritto nazionale, i diritti fondamentali dell'individuo, per cui, se lo scopo è quello di difendere i diritti fondamentali, la strada obbligata è quella di difenderli insieme in Europa e non contro l'Europa.

⁴² REPETTO (2016).

In senso contrario v. VIGANÒ (2016), il quale rileva come nozioni simili a quella di “frodi gravi” ne esistono diverse altre nella legislazione penale, mentre per quella di “numero rilevante di casi”, qualora il giudice non riterrà raggiunta la prova, basterà applicare le relative norme, senza scomodare i controlimiti.

⁴³ Sul tema, di recente, CARDONE, DONATI, GRISOLIA, TARLI BARBIERI (2016).

⁴⁴ LUCIANI (2016).

⁴⁵ MANES (2016).

Il carattere indeterminato delle prescrizioni derivanti dalla pronuncia della Corte di giustizia (“frode grave”, “normativa che impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive”, “numero considerevoli di casi”) non rispetterebbe comunque il carattere giurisdizionale dell’attività del giudice, chiedendo al medesimo scelte sostanzialmente libere⁴⁶. Alcuni hanno in proposito sostenuto che il vero controlimite sarebbe rinvenibile proprio nella impossibilità di sovvertire i limiti che incontra il giudice penale inerenti alla sua natura giurisdizionale⁴⁷.

Un ulteriore profilo che la riflessione della dottrina sul caso Taricco ha posto in rilievo è quello del bilanciamento operato dalla Corte di giustizia fra i differenti valori che venivano in gioco, sottolineando come (ripetendo quando già accaduto in occasione del caso Melloni⁴⁸ di fronte ad una minaccia per la uniforme applicazione del diritto) la Corte di Lussemburgo “va dritta” senza prestare la dovuta valutazione dei diritti e delle garanzie previste a livello locale⁴⁹. È stato sottolineato come viene nella sostanza consacrata quale “base legale” per la tutela di interessi finanziari dell’Unione quanto stabilito dall’art. 325 TFUE⁵⁰, definito da alcuni come l’“asso di briscola”, in quanto la storia del diritto penale europeo ci insegna che quando l’Ue iscrive una vicenda alla tutela degli interessi finanziari è iperlegittimata, di gran lunga più che in ogni altro settore, a proporre strade nuove⁵¹.

Il controlimite è quindi individuato nel non porre al centro la persona umana e nel fare in modo che essa possa essere strumentalizzata in un giudizio penale⁵², in quanto il solo interesse rilevante per il diritto eurounitario finisce con essere quello finanziario, mentre nessun peso viene dato alla diversa natura degli altri interessi in gioco ed alla centralità dei diritti della persona umana⁵³.

⁴⁶ LUPO (2016).

⁴⁷ SOTIS (2016).

⁴⁸ Cfr., retro, testo e nota 18.

⁴⁹ REPETTO (2016).

⁵⁰ MANES (2016).

⁵¹ SOTIS (2016).

⁵² SOTIS (2016).

⁵³ LUCIANI (2016), il quale rileva altresì come debba escludersi che il problema possa essere superato dal richiamo alla c.d. europeizzazione dei controlimiti, la quale realizzerebbe una sorta di contraddizione in termini, in quanto l’ordinamento nei cui confronti il limite è posto ne diverrebbe il gestore, mentre l’identità nazionale da rispettare è solamente quella che può essere dichiarata dallo stato.

8. *La questione di costituzionalità pendente davanti alla Corte costituzionale e le possibili soluzioni prospettate dalla dottrina*

La dottrina che ha discusso il caso Taricco si è altresì espressa, in considerazione della pendenza della questione di costituzionalità, in ordine a possibili soluzioni, suggerendo quindi alla Corte costituzionale di orientarsi in un senso oppure in un altro.

Alcuni hanno ritenuto troppo “leggero” un invito alla Corte ad inserirsi nel “dialogo” con il Giudice di Lussemburgo⁵⁴, invitando senza mezzi termini la nostra Corte ad imbracciare finalmente lo strumento dei controlimiti; si rileva, in effetti, come la difesa degli elementi identitari del nostro ordinamento è proprio una competenza della Corte. Essa pertanto deve farlo senza lasciarsi intimorire dallo spauracchio della “guerra” o di altre catastrofi e tutelare il predominio assiologico della nostra Costituzione, così come ha fatto con riguardo alla CEDU in occasione della sentenza n. 49 del 2015⁵⁵.

Altri invece si sono orientati per una soluzione più morbida e compromissoria⁵⁶, suggerendo di giocare sugli effetti temporali e di applicare i principi della sentenza Taricco solo per i termini non scaduti⁵⁷ oppure sulla ambigua definizione di “disapplicazione” e “non applicazione”, allo scopo di riportare le affermazioni contenute nella Taricco in un quadro teorico compatibile con il nostro ordinamento, senza smentirle, ma in modo da dare un avvertimento alla Corte di giustizia⁵⁸.

Altri ancora hanno richiamato precedenti della Corte costituzionale per indurre la stessa a seguire una strada analoga, così con riguardo alla decisione che ha negato ingresso nel nostro ordinamento alla Convenzione internazionale sul limite alla giurisdizione nazionale in caso di richiesta di danni di guerra alla Germania⁵⁹ oppure a quella relativa alla necessità di dare seguito alla giu-

⁵⁴ LUCIANI (2016).

⁵⁵ Cfr., retro, nota 26.

⁵⁶ Suggestisce espressamente di non usare i controlimiti, ma di cercare soluzioni di compromesso, VIGANÒ (2016).

⁵⁷ REPETTO (2016).

In senso analogo VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte cit.*, il quale propone una netta distinzione a seconda che il termine di prescrizione sia o meno scaduto al momento della pronuncia della Corte di giustizia, per cui, nella logica del giudizio incidentale, la Corte costituzionale dovrebbe giungere ad una dichiarazione di inammissibilità per irrilevanza con riguardo agli imputati per i quali il termine sia scaduto alla data dell'8 settembre 2015.

⁵⁸ BIN (2016).

⁵⁹ MANES (2016).

Su Corte cost. n. 238 del 2014, v. retro, testo e nota 16.

risprudenza europea, ma solo sulla base di una giurisprudenza consolidata (caso Varvara)⁶⁰.

Anche da parte di quanti si sono espressi in senso fortemente critico nei confronti della sentenza Taricco, non si è mancato di rilevare come, nella sostanza, la Corte di giustizia abbia ragione, definendo inaccettabile la disciplina nazionale vigente, tanto da proporre alla stessa Corte costituzionale di sollevare davanti a sé medesima la questione di costituzionalità per poi accoglierla⁶¹.

Da parte di altri è stato pure rilevato come, se è vero che una riforma della disciplina potrebbe essere fatta solo dal legislatore, è anche vero che l'attuale maggioranza politica non ha alcuna possibilità di farlo, per la presenza della lobby degli avvocati penalisti ben rappresentata in parlamento. Non si è mancato altresì di evidenziare che appare quanto meno stravagante considerare parte integrante della identità costituzionale il diritto dello Stato di violare i propri obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Ue, garantendo la sistematica impunità degli autori di gravi frodi fiscali ovvero il diritto di quegli stessi evasori di calcolare in anticipo dopo quanto tempo sarà loro garantita la impunità⁶².

Una delle particolarità di questa vicenda è dunque che, a differenza di quanto finora accaduto relativamente ad altri casi controversi coinvolgenti i controlimiti, la parte maggioritaria della dottrina è d'accordo nell'esprimere una valutazione negativa della sentenza della Corte di giustizia sul caso Taricco.

Dove, come appena segnalato, le opinioni invece si dividono è circa la "soluzione" che la Corte Costituzionale dovrebbe dare alla vicenda: da un lato abbiamo coloro, come Luciani, che auspicano una sentenza di incostituzionalità a seguito di un'applicazione netta e chiara del principio dei controlimiti; dall'altro quella espressa da Bin e da Manes che propone una soluzione più vicina a quella scelta recentemente dalla Corte costituzionale tedesca e che preferirebbe non arrivare a una dichiarazione di incostituzionalità, ma decidere con una sentenza sostanzialmente di tipo interpretativo o anche processuale che mostri però con chiarezza la situazione di disagio per le nostre istituzioni; mentre un'ultima soluzione sarebbe quella di accettare pienamente la decisione della Corte di giustizia, come sostenuto in questo Convegno da Donati e seguito, da parte del *Tribunal Constitucional*, a proposito del ricordato caso Melloni.

⁶⁰ REPETTO (2016).

Su Corte cost. n. 49 del 2015, v. *retro*, testo e nota 26.

⁶¹ BIN (2016).

⁶² VIGANÒ (2016).

Sulla base di quanto finora osservato, con ogni probabilità la strada migliore appare essere quella in certo senso intermedia; possiamo infatti concordare con Luciani, il quale, riadattando un notissimo passo del Vangelo, sostiene che “non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell’art. 11 della Cost.”⁶³.

Ritengo infatti che sia possibile arrivare ad una soluzione del conflitto attraverso una applicazione più morbida del principio dei controlimiti, aprendo un dialogo fra le Corti attraverso i meccanismi che il diritto nazionale e quello europeo pongono a disposizione dei giudici, in particolare di quelli costituzionali.

Lo stesso articolo 4.2 del Trattato sull’Ue afferma la necessità che la Ue rispetti “l’identità nazionale insita nella [loro] struttura fondamentale, politica e costituzionale” degli Stati membri, quasi legittimando la opposizione dei controlimiti nei casi in cui i principi fondamentali e le caratteristiche fondamentali dello Stato costituzionale si vedano compromessi.

Una soluzione potrebbe quindi passare attraverso il tentativo di instaurare questo dialogo con la finalità esclusiva di raggiungere il miglior risultato possibile per la tutela dei diritti fondamentali, senza entrare nella logica dello scontro fra una entità superiore e una subordinata. Probabilmente l’organo meglio posizionato per tutelare i valori costituzionali risulta essere la Corte costituzionale, la quale pare trovarsi nella migliore condizione per dialogare con il Giudice al quale è riconosciuta la funzione di garantire la uniforme interpretazione del diritto dell’Unione.

I giudici nazionali in particolare dovrebbero quindi essere guidati dall’obiettivo di vedere sempre realizzati e mai messi in dubbio quelli che sono definiti quali principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, tentando, nei limiti del possibile, di evitare l’utilizzo dei “mezzi forti” che potrebbe determinare una chiusura del dialogo, ma utilizzando tutti gli strumenti disponibili, più morbidi e per questo forse anche più convincenti ed efficaci, allo scopo di stimolarlo (come le sentenze interpretative, la possibilità di intervenire sulla modulazione degli effetti delle decisioni, i moniti, i consigli e le raccomandazioni al legislatore e ai giudici ordinari, etc).

Riferimenti bibliografici

AMATO, Giuliano (2015). *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*. Bologna: Il Mulino.

⁶³ LUCIANI (2015).

BIN, Roberto (2016). "Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori?". *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2016, p. 1-9.

BRANCA, Marzio (2014). "Il punto sui «contro limiti»". *Giurisprudenza costituzionale*, n° 5, speciale, p. 3899- 3917.

CALVANO, Roberta (2013). "Un caso di frode fiscale, occasione per riflessioni di rilievo costituzionale nel rapporto tra diritto Ue e diritto interno e Cedu". *Giurisprudenza costituzionale*, n° 4, Vol. 58, p. 3615-3622.

CALVANO, Roberta (2016). "La Corte costituzionale e i «controlimiti» 2.0". *Federalismi.it*, n° 1, 29 febbraio 2016, p. 1-19.

CARDONE Andrea, DONATI Filippo, GRISOLIA Maria Cristina, TARLI BARBIERI Giovanni (cur.) (2016). *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

COSTANZO Pasquale (2015). "Le principe «non bis in idem»: concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne?". *Consultaonline.it*, Fascicolo n° II, p. 554-566.

COSTANZO, Pasquale e TRUCCO, Laura (2015). "Il principio del «ne bis in idem» nello spazio giuridico nazionale ed europeo". *Consultaonline.it*, Fascicolo n° III, p. 851-872.

DAL CANTO, Francesco (2007). "Il Consiglio di stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale". *Giurisprudenza costituzionale*, n° 3, p. 587-602.

GORDILLO PÉREZ, Luis y TAPIA TRUEBA (2014), Ariane. "Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 22, p. 245-270.

IACOMETTI, Miryam (2013). "Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo". *Rivista AIC, Osservatorio*, ottobre 2013, p. 1-19.

LUCIANI, Massimo (2015). "I controlimiti e l'eterogenesi dei fini". *Questione giustizia*, n° 1, p. 84-93.

LUCIANI, Massimo (2016). "Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale". *Rivista AIC*, n° 2, p. 1-20.

LUPO, Ernesto (2016). "La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale". *Diritto penale contemporaneo*, n° 1, p. 217-227.

MANES, Vittorio (2016). "La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti". *Diritto penale contemporaneo*, n° 2, p. 1-26.

PINELLI, Cesare (2016). "L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione". *Diritto penale contemporaneo*, n° 4, p. 1-13.

REPETTO, Giorgio (2016). "La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti". *Rivista AIC*, n° 2, p. 1-9.

ROMBOLI, Roberto (2014). "Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo". In Ciancio (cur.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*. Roma: Aracne editrice.

ROMBOLI, Silvia (2018). “Los contra-límites «en serio» y el caso *Taricco*: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte constitucional italiana”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 14, n. 28, julio-diciembre de 2017, p. 1-38.

RUGGERI, Antonio (2006), *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controllimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell’ordinamento comunitario*. In Ruggeri “*Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, IX, Studi dell’anno 2005*”. Torino: Giappichelli.

RUGGERI, Antonio (2013). “La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)”. In Ruggeri, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, Studi dell’anno 2012*. Torino: Giappichelli.

SOTIS, Carlo (2016). “Il limite come contro limite”. *Diritto penale contemporaneo*, n° 4, p. 1-18.

TORRES MURO, Ignacio (2013). “La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, p. 343-370.

TORRES PÉREZ, Aida (2014). “Melloni in three acts: from dialogue to monologue”. *European Constitutional Law Review*, v. 10, n. 2, p. 308-331.

VERONESI, Paolo (2016). “Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014”. *Quaderni costituzionali*, n° 3, p. 485-512.

VIGANÒ, Francesco (2016). “Il caso *Taricco* davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco”. *Diritto penale contemporaneo*, n° 2, p. 1-35.

RAPPRESENTANZA STATALE E TENSIONI INTERGOVERNATIVE
NELLA RECENTE RIFORMA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA

*Giacomo Dalla Valentina**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il dibattito intorno all'incremento dei membri del Tribunale, tra argomenti fantoccio e paralisi istituzionali. – 3. Il “vincolo di rappresentatività” nell'esperienza istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. Conclusioni. – 5. Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

Nel biennio passato, un'attenzione mediatica del tutto inedita ha interessato la vita istituzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea, che di tutte le istituzioni “comunitarie” è sicuramente quella che da sempre ha potuto godere di una maggiore impermeabilità nei confronti dell'opinione pubblica, potendo anzi trarre un sicuro giovamento da questa “benevola negligenza da parte delle strutture di potere e dei *mass media*” (STEIN, 1981:1). A

Anche in virtù di questa sorta di “zona d'ombra mediatica”, nel corso dei decenni l'istituzione giudiziaria dell'Unione aveva potuto consolidare per sé un ruolo del tutto peculiare che, trascendendo in larga misura l'attività *strictu sensu* giurisdizionale, l'ha portata a plasmare la fisionomia costituzione dell'Unione e a fornire quest'ultima di un “substrato costituzionale” già in tempi anteriori al Trattato di Lisbona¹. Il ruolo rivestito dalla Corte di giustizia nell'integrazione sovranazionale dei Paesi europei non si esaurisce quindi nella “semplice” garanzia del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati – individuata come missione istituzionale dall'art. 19 TUE – esplicandosi in una vera e propria funzione strutturale, nel momento in

* Dottorando in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

¹ Si pensi a quella che costituisce una pietra miliare nella giurisprudenza della Corte nel processo di progressiva “costituzionalizzazione” dell'integrazione europea, la nota Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, p. 1339, con la quale il giudice “comunitario” già statuiva che “si deve sottolineare che la Comunità Economica Europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato” (punto 23).

cui influisce “sul modo di essere dell’ordinamento e, per questa via, anche sulla sovranità degli Stati membri” (TIZZANO, 2012:815).

Così, dunque, si spiega l’attenzione, seppur inconsueta, prestata della letteratura di settore e da alcune testate estere alla modifica dello Statuto della Corte di giustizia operata con Regolamento (UE) n. 2422/2015²: sia pur nelle forme “alleggerite” previste dall’art. 281 TFUE per la modifica dello Statuto della Corte³, il legislatore europeo ha dato luogo a una riforma che, ridisegnando la composizione del Tribunale dell’Unione europea e abolendo il Tribunale della funzione pubblica (in prosieguo anche “TFP”), è certamente destinata a mettere in discussione l’intera architettura istituzionale “comunitaria” e a “diventare una pietra miliare nel giudiziario dell’istituzione” (SARMIENTO, 2015).

Con l’entrata in vigore della riforma si è messo a tacere un dibattito che, trovando le proprie ragioni in una certa ambiguità del Trattato di Nizza (HEFFERNAN, 2002) e acuitosi in tempi più recenti, mirava a rispondere all’interrogativo su quale fosse, tra quelle offerte dai Trattati, la soluzione migliore al problema del sovraccarico di lavoro, che al Tribunale dell’Unione europea aveva nel frattempo raggiunto proporzioni “critiche” (LOUIS, 2011).

Come noto, per ciò che attiene al Tribunale, i Trattati aprono la strada a due possibili vie per accrescere la produttività dell’istituzione e consentire una migliore deflazione del contenzioso. Da un lato, la prospettiva dell’istituzione di “tribunali specializzati affiancati al Tribunale, e incaricati di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche” è espressamente consentita dall’art. 257, par. 1, TFUE⁴. Altrettanto legittima,

² Regolamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015, recante modifica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea (GUUE L 221 del 24 dicembre 2015, p. 14).

³ La formulazione attuale dell’art. 281 TFUE, in virtù di una delle poche innovazioni apportate all’istituzione giudiziaria con il Trattato di Lisbona, ammette oggi che lo Statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea, pur essendo contenuto nel protocollo n. 3 allegato ai Trattati e quindi atteggiandosi come norma di diritto primario, possa essere modificato con un “semplice” voto a maggioranza qualificata dal Consiglio, accompagnato da una votazione del Parlamento europeo (BONI, 2012). La procedura attuale, che consiste *de facto* in una forma speciale di procedura legislativa ordinaria, ha così superato il sistema previgente che richiedeva il voto unanime del Consiglio e quindi agevolando la modifica dello Statuto, incentivando i promotori della riforma nel procedere verso l’aumento dei giudici del Tribunale.

⁴ Una strada, quella che porta alla creazione di tribunali specializzati competenti *ratione materiae*, che è stata intrapresa solo in una occasione nella storia del giudiziario dell’Unione europea: quando, nel 2004, si decise di istituire, con Decisione 2004/752/CE, Euratom (GUUE L 333 del 9 novembre 2004), il Tribunale della funzione pubblica dell’Unione europea, competente per tutte quelle controversie aventi ad oggetto i rapporti tra l’Unione europea e i propri agenti.

d'altra parte, parrebbe la via dell'aumento del numero dei giudici del Tribunale, sulla base del combinato disposto dell'art. 48 dello Statuto della Corte (ai sensi del quale "il Tribunale è composto di ventisette giudici") e dell'art. 19, par. 2, TUE che, prevedendo che "il Tribunale è composto da *almeno* un giudice per Stato membro"⁵, ammette implicitamente la possibilità di aumentare il *judicial manpower* e così rivedere il canone di un giudice per Stato membro (SHARPSTON, 2013).

Il Regolamento (UE) n. 2422/2015, prevedendo il raddoppio dei membri del Tribunale (da ventotto a cinquantasei⁶, secondo una "gradualità per fasi" che porterà l'istituzione a regime solo nel 2019⁷) e la contestuale soppressione del TFP, ha chiaramente optato per la seconda soluzione, nonostante l'orientamento prevalente in dottrina⁸ sembrasse guardare all'aumento dell'organico del Tribunale solo come *extrema ratio* qualora la creazione di tribunali specializzati si rivelasse inadeguata ai fini della gestione del contenzioso.

Volgendo lo sguardo alle conseguenze della riforma e in particolare al suo impatto sull'architettura dell'istituzione, sembra potersi avallare – pur con le opportune considerazioni – la posizione di chi ha definito la scelta operata dal legislatore come un'innovazione "inappropriata, costosa e di molto dubbia costituzionalità" (CURTI GIALDINO, 2015:23). Il riferimento è anzitutto alla sua stessa opportunità in relazione alla reale entità del carico di lavoro che si profila dinnanzi al Tribunale e che, tenuto in considerazione l'eccezionale livello di

⁵ Corsivo aggiunto.

⁶ A tal proposito v'è da specificare che la quantificazione del numero definitivo di membri del Tribunale risentirà, in futuro, della diminuzione di due unità in virtù del *referendum* consultivo dall'esito positivo che ha avuto luogo in Regno Unito sull'uscita del medesimo Stato dall'Unione europea.

⁷ Nella prima fase, che era prevista per l'ottobre 2015 ma che ha avuto luogo solamente nell'aprile 2016, sono stati nominati dodici nuovi; la seconda fase ha aggiunto all'istituzione, nel settembre 2016, sette nuovi gabinetti corrispondenti alle nazionalità dei sette membri del Tribunale della funzione pubblica, che è stato così soppresso e il relativo contenzioso reintegrato nel Tribunale; nell'ultima fase, coincidente con il rinnovo parziale del Tribunale previsto per il settembre 2019, si dovranno nominare gli ulteriori nove giudici necessari per raggiungere al raddoppio, scelti tra le nazionalità di quei Paesi che ancora non hanno partecipato all'aumento.

⁸ Un orientamento peraltro confermato nella prassi dalla circostanza che, negli anni successivi alla redazione del Trattato di Nizza, se da un lato si è assistito all'istituzione del Tribunale della funzione pubblica e alla tortuosa vicenda – mai conclusa – relativa alla creazione di un tribunale specializzato competente a decidere in materia di brevetti, dall'altro non vi sono state proposte dirette all'aumento dei giudici, fino a quella che ha dato origine alla riforma dello Statuto del 2015.

produttività raggiunto dall'organo giudiziario nell'ultimo biennio⁹, ha costituito oggetto di un intenso dibattito¹⁰. A questo si aggiungono i profili legati alla legittimità di una riforma che (tenuto conto, da un lato, del fatto che il TFP è l'unica giurisdizione specializzata istituita ai sensi dell'art. 257 TFUE e, dall'altro, dell'aumento *monstre* dell'organico del Tribunale) ha fatto sì che oggi la prospettiva dell'istituzione di nuovi tribunali specializzati costituisca uno scenario del tutto irrealizzabile.

Con l'inevitabile conseguenza che la riforma – modificando surrettiziamente l'intera architettura dell'istituzione – ha finito col tradire quel “saggio equilibrio” inaugurato dal Trattato di Nizza “tra l'idea di una giurisdizione generalista e la specializzazione del sapere giudiziario” (DEHOUSSE, 2016:63).

2. Il dibattito intorno all'incremento dei membri del Tribunale: argomenti fantoccio e paralisi istituzionali

Rimandando ad altra sede uno studio sull'impatto e sui profili di legittimità della riforma¹¹, ciò che più rileva ai fini del presente contributo sono le ragioni insite a una scelta riformatrice che presta il fianco a numerosi profili critici, non ultimo quello relativo a un costo¹² che, specialmente in un momento

⁹ L'incremento di produttività del Tribunale ha consentito all'istituzione di definire, a risorse invariate, 987 cause solo nel 2015 (con un aumento di poco meno del 90% rispetto al 2010 e un miglioramento di oltre il 20% del precedente risultato storico rilevato nel 2014) e così di contenere il numero delle cause pendenti in proporzioni significative e ridurre la durata media dei procedimenti del 10% rispetto all'anno precedente.

¹⁰ Le discussioni si sono concentrate principalmente nelle aule del Parlamento europeo, dove il relatore della proposta legislativa, il deputato ALDE Marinho e Pinto, aveva inviato quattro giudici del Tribunale (Guido Berardis, Franklin Dehousse, Irena Pelikanova e Anthony M. Collins), in veste «soggetti esperti sulla materia», al fine di coadiuvarlo nella raccolta di dati relativi al carico di lavoro del Tribunale e di esternare le proprie valutazioni sulla riforma in un contesto appropriato, al di fuori del dibattito sommerso e spesso confuso che veniva rilevato all'interno della Corte. Il lavoro dei giudici del Tribunale è stato fortemente osteggiato dalla Presidenza della Corte, che ha replicato con una lettera inviata al Parlamento (priva di firma, data e intestazione) nella quale veniva rilevato «l'aumento inesorabile delle cause pendenti» e la durata media non soddisfacente delle relative procedure; a sua volta, Guido Berardis, giudice italiano al Tribunale, ha redatto un commento nel quale indicava l'esigenza di un'analisi più dettagliata dei dati presentati dalla Corte, che secondo il giudice sarebbero stati mal interpretati, soprattutto nella confusione tra la nozione di *backlog* con quella di «casi pendenti».

¹¹ Si consenta di rinviare a G. DALLA VALENTINA, *La Riforma della Corte di giustizia*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2018, 1-2, in corso di pubblicazione.

¹² Il costo derivante dall'aumento dell'organico del Tribunale è stato quantificato, in modo piuttosto prudenziale, in una somma di circa ventitré milioni di Euro.

di vulnerabilità economica come il presente, avrebbe potuto essere meglio giustificato, o quantomeno corredato da un *impact assessment* strutturato e approfondito (ALEMANNO & PECH, 2015).

Lo studio di quanto ha preceduto l'approvazione del Regolamento in esame (il lungo dibattito intestino alla Corte, le stridenti tensioni interne ed extra-istituzionali nonché, lo stallo interno al Consiglio dell'Unione europea) offre sicuramente uno spunto interessante per individuare le ragioni, più o meno recondite, alla base di una riforma che, pur non accogliendo la tesi di chi l'ha descritta in termini di abnormità (ABENAÏM, 2016), consiste certamente in un "rinnovamento costituzionale" la cui portata va ben oltre la scelta quantitativa intorno al numero dei giudici che dovranno comporre il Tribunale (COLLINS, 2016).

I temi sollevati dalle previsioni del Regolamento (UE) n. 2422/2015, infatti, si intrecciano profondamente con il tema, ben più ampio, della tensione tra l'esigenza di rappresentanza degli Stati membri e lo spirito più propriamente sovranazionale che anima il progetto di integrazione europea. È questo, oltre a un profondo dissidio intestino sulla fisionomia che nel lungo periodo dovrebbe assumere la Corte di giustizia¹³, a costituire il *fil rouge* di tutto il percorso argomentativo, giuridico e politico, che ha accompagnato la riforma. L'esigenza, mai sopita, 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 tali logiche intergovernative.

Il ruolo nevralgico svolto da un siffatto "vincolo di rappresentatività" è stato talmente evidente da venire citato anche dalla stampa internazionale, che ha evidenziato come l'attenzione degli Stati rispetto alla propria rappresen-

¹³ Il tema, che qui sarà solamente accennato, consente di spiegare la strenua opposizione della Corte alla creazione di un nuovo tribunale specializzato, che non ha riguardato tanto la coerenza della giurisprudenza (che ben potrebbe essere preservata trasferendo al Tribunale la competenza pregiudiziale a decidere su determinate materie e, per le questioni di maggior rilievo, facendo uso dello strumento del riesame), bensì la distribuzione all'intero della Corte di funzioni tradizionali di amministrazione della giustizia e funzioni più propriamente costituzionali. L'obiettivo insito in questo contrasto è stato quello di preservare, in capo alla Corte, il monopolio sulla funzione di indirizzo nell'evoluzione del diritto, consentendole di mantenere un ruolo egemone di cui essa gode nello spazio giuridico europeo in una veste che è, seppur non formalmente, quella di una corte costituzionale o comunque quella di un ibrido tra un tribunale costituzionale e una *supreme court* di tradizione anglosassone (MENGOZZI, 2012). E il consolidamento della natura generalista del Tribunale come "giudice del fatto" (che si avrà con la riforma) finisce per offrire un'ulteriore base su cui sviluppare, nel lungo termine, un argomento a favore dell'attribuzione di un ruolo "supremo" alla Corte di giustizia in quanto organo di vertice del giudiziario "comunitario".

za all'interno della Corte avesse portato a una situazione piuttosto anomala, in cui i governi – spesso pronti a criticare generosità in altre istituzioni dell'UE – hanno avuto apparentemente a cuore l'adozione di una soluzione così costosa come quella dell'aumento dei giudici del Tribunale (ROBINSON, 2015).

Si pensi poi alla circostanza che la proposta, nel momento in cui l'iniziativa legislativa fu presa nel 2011¹⁴, presentava un contenuto ben diverso da ciò che fu approvato a distanza di quattro anni: la prima soluzione individuata dalla Corte al problema del sovraccarico di lavoro consisteva infatti nel semplice aumento di dodici giudici del Tribunale (nulla essendo previsto con riferimento al Tribunale della funzione pubblica), trattandosi di un progetto di riforma dall'impatto certamente più modesto rispetto a quello del 2015. Tale disegno istituzionale si dimostrò però fallace nel momento in cui, nonostante il parere positivo della Commissione europea e il raggiungimento di un accordo sui principali aspetti della riforma in Parlamento europeo, all'interno del Consiglio dell'Unione europea si verificò un'*impasse* che aveva proprio ad oggetto il meccanismo che avrebbe dovuto essere introdotto per consentire un'adeguata rotazione tra gli Stati membri¹⁵.

L'idea che lo stallo consiliare sulle modalità di rotazione dei giudici aggiuntivi non sarebbe stato agevolmente superato si è definitivamente concretizzata nel 2012, dopo che anche una nuova proposta di aumento di soli nove giudici era rimasta lettera morta per l'incapacità di trovare un condiviso sistema di rotazione¹⁶, con l'invio, da parte della Presidenza greca del Consiglio, di una lettera al Presidente della Corte, Vassilios Skouris, una lettera nel quale veniva espressamente affermato che “qualsiasi soluzione che contempli un numero di giudici inferiore al numero di Stati membri e che renda dunque necessario procedere ad una scelta tra questi andrà incontro alle medesime diffi-

¹⁴ La procedura è stata avviata il 28 marzo 2011 con “richiesta” avanzata dalla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 281, par. 2, TFUE, con la quale veniva sottoposta all'attenzione di Parlamento europeo e Consiglio un progetto di riforma che è consultabile nel Documento 8787/11 del Consiglio dell'Unione europea (avente ad oggetto «Progetto di modifica dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e del suo allegato I») del 28 marzo 2011, Dossier interistituzionale 2011/0901 (COD).

¹⁵ Secondo quanto riportato da alcune fonti interne al COREPER, gli Stati più “grandi” avrebbero optato, nella scelta dei candidati presenti, per un criterio basato sulla meritocrazia, mentre quelli più piccoli sarebbero stati fermi nell'esigere un sistema che garantisse loro un secondo giudice secondo un meccanismo di rotazione “paritaria” tra i Paesi membri.

¹⁶ Che pure era stato proposto: esso prevedeva un sistema in base al quale i sei Stati membri più grandi avrebbero dovuto nominare un giudice per due mandati consecutivi, mentre gli altri Stati membri per un solo mandato, secondo un ordine di rotazione fissato mediante sorteggio all'inizio del processo.

coltà che hanno impedito in questi ultimi anni il formarsi di un accordo in seno al Consiglio”.

È sulla base di questo avviso che (seguito a distanza di pochi mesi dall’invito della Presidenza italiana a formulare nuove proposte al fine di “raggiungere un accordo in seno al Consiglio in merito alle modalità di un aumento del numero di giudici del Tribunale dell’Unione europea”) nel 2014 la Corte di giustizia ha infine presentato al Consiglio una nuova proposta di riforma che, allontanandosi radicalmente dalle precedenti, prevedeva il raddoppio *tout court* del numero dei giudici del Tribunale e la soppressione del Tribunale della funzione pubblica con il conseguente “riassorbimento” nel Tribunale della relativa area di competenza.

Com’era prevedibile, le profonde modificazioni del contenuto della riforma – sulle quali peraltro la Commissione non ha dovuto esprimersi nuovamente¹⁷ e che in Parlamento sono state approvate solo al termine di un vivace dibattito stimolato dalla *vis* polemica del relatore della riforma António Marinho e Pinto – non hanno incontrato particolari resistenze all’interno del Consiglio, dove il *favor* verso un sistema che avrebbe mantenuto inalterato il principio dell’equa rappresentanza degli Stati membri ha portato all’approvazione del Regolamento in tempo estremamente breve.

3. Il vincolo di rappresentatività nell’esperienza istituzionale della Corte di giustizia dell’Unione europea

L’imperativo degli Stati membri di vedersi equamente rappresentati nel dialogo con l’Unione europea non è certo nuovo né astrattamente ingiustificato, non potendosi negare che l’*acquis communautaire* è, anche, il frutto di un’armonizzazione di diversità che risente dell’eterogeneità culturale e giuridica dei Paesi dell’Unione. Si tratta della “unità nella diversità”¹⁸, vero e pro-

¹⁷ A causa della discutibile scelta della Corte di giustizia di non avviare una nuova e distinta procedura legislativa ordinaria *ex art.* 294 TFUE alla luce delle modificazioni introdotte al progetto di riforma: scegliendo di emendare il testo del progetto di Regolamento già sottoposto alle istituzioni europee, la Corte ha aggirato le contestuali necessità di un ritorno alla fase della “prima lettura” del procedimento, di un nuovo *assessment* intorno agli aspetti del novellato progetto di riforma e di una nuova presa di posizione della Commissione europea alla luce delle rilevanti modifiche.

¹⁸ Prevista come motto dell’Unione europea dall’art. I-8 del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa e ricordata dalla Dichiarazione n. 52, relativa ai simboli dell’Unione europea, allegata al testo del Trattato di Lisbona, tale locuzione ben sintetizza la dicotomia tra differenziazione e integrazione che caratterizza l’Unione e, al momento della redazione del Trattato

prio tratto archetipico dell'Unione e che, vuoi per contingenze storiche, vuoi per il suo essere un tratto ineludibile dell'integrazione sovranazionale, può offrire una spiegazione alla scelta di adottare una soluzione – il raddoppio dei giudici del Tribunale – che si è visto avere conseguenze così pervasive sul piano economico e strutturale.

Il tema era già emerso in precedenza, con riferimento a politiche istituzionali dell'Unione, negli anni che hanno seguito la redazione del Trattato di Lisbona, quando la composizione della Commissione avrebbe dovuto passare (secondo quanto previsto dall'art. 17, par. 5, TUE) da un cittadino per Stato membro a “un numero corrispondente ai due terzi degli Stati membri”. Ma l'adozione di questa soluzione, che sembrava poter rappresentare una sorta di “quadratura del cerchio” in materia di bilanciamento tra interessi particolari nazionali e integrazione sovranazionale (SCHOO, 2009), è stata impedita sul nascere quando il Consiglio europeo, esercitando una prerogativa che l'art. 17 TUE gli aveva oculatamente riservato, ha unanimemente deliberato di mantenere invariata la composizione della Commissione.

Il confronto con l'esperienza della Commissione europea, nonostante alcune similitudini, consente però di evidenziare in controtuce quanto certe considerazioni al tempo espresse relativamente alla Commissione, non possano essere adeguatamente giustificate per la Corte di giustizia. Infatti, se per l'esecutivo dell'Unione vi è la possibilità che “la regola dei due terzi del numero degli Stati membri comporti un'estesa non rappresentanza in seno alla Commissione, la quale può porre un problema di accettazione dell'istituzione medesima” (MANGIAMELI, 2011:377), ciò non sembra poter valere per un tribunale 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.

Tale considerazione vale *a fortiori* per il Tribunale dell'Unione europea, nel quale non si svolge un contenzioso “sensibile” come quello che ha luogo dinanzi alla Corte di giustizia, a ciò aggiungendosi la considerazione che è la Corte di giustizia in senso stretto, e non il Tribunale, ad essere chiamata (da Parlamento europeo, Consiglio o Commissione, secondo una procedura che è regolata dall'art. 218, par. 11, TFUE) a redigere “pareri” circa la compatibilità con i Trattati di accordi tra l'Unione e paesi terzi od organizzazioni internazionali, nell'esercizio di una competenza dalle importanti ripercussioni politiche.

“costituzionale” prevalse su motti ben più “integrazionisti” proprio nell'idea di arginare il pericolo che “una eccessiva unità [potesse] comportare rischi di omogeneizzazione e, dunque, di distruzione delle identità nazionali”(CURTI GIALDINO, 2004).

È sulla base di queste considerazioni che, pur evidenziando la storia dell'istituzione una certa attitudine degli Stati membri ad esigere una sorta di "rappresentanza" all'interno della Corte di giustizia, questa ha sempre avuto ad oggetto esclusivo la Corte in senso stretto, dove i procedimenti più marcatamente "di diritto pubblico" da un lato e i rinvii pregiudiziali dall'altro hanno avuto spesso notevolissima risonanza anche al di fuori dell'ambito del diritto.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto fin qui descritto, se si guarda alle motivazioni e alle argomentazioni addotte a sostegno delle istanze di rappresentanza che, strenuamente manifestate dagli Stati membri in Consiglio, hanno condizionato in modo così rilevante la modifica della composizione del Tribunale, non è del tutto agevole comprenderne l'attinenza con le reali esigenze del giudiziario "comunitario". Al contrario, gli indizi ricavabili da quanto trapelato nel corso dei prolungati dibattiti sembrano deporre nel senso di un rifiuto, aprioristico e debolmente motivato, nei confronti di qualsiasi proposta di aumento dell'organico del Tribunale che, quand'anche corredato da adeguati sistemi di rotazione tra gli Stati membri, non coincidesse con il numero degli Stati membri.

Un'opposizione che, sembra ormai evidente, nulla ha a che vedere con il miglioramento della produttività dell'istituzione, ma che costituisce piuttosto uno dei tanti contesti istituzionali in cui, nel *continuum* di cui l'approccio intergovernativo e quello sovranazionale formano gli estremi (NUGENT, 2003), il primo è prevalso sul secondo, andando a valorizzare un'invalsa idea falsata sul progetto europeo, la quale sta alla base della pretesa ad avere, nel caso di specie, "se non uno, allora due giudici per Stato membro" nella composizione del Tribunale.

Si è qui in presenza di un vero e proprio fraintendimento del funzionamento del giudiziario dell'Unione europea, perché, se è vero che tutta l'esperienza istituzionale dell'Unione può essere vista come una progressiva perdita di sovranità degli Stati a favore dell'ordinamento europeo – e quindi come l'incompiuta, ma sempre in divenire, predominanza dell'*esprit communautaire* sulle politiche intergovernative che avevano segnato l'Europa "disunita" – allora l'esperienza della riforma rappresenta un momento di arresto nel percorso verso quella *ever closer Union* il cui raggiungimento ha da sempre costituito l'asse portante dell'integrazione europea.

Le contestate previsioni del Regolamento (UE) n. 2422/2015 finiscono così con l'attestare un momento storico in cui i governi europei, messi di fronte

ad una crisi che è *in primis* economica e politica ma anche socio-culturale, reagiscono “istintivamente”, rievocando l’antico *topos* della sovranità nazionale, reclamando a gran voce il diritto a vedersi rappresentati nella vita politica dell’Unione e lamentando la mancata partecipazione alle scelte operate da un sistema di governo sovranazionale del quale si lamentano la vacuità delle politiche e il *deficit* democratico che ne investe i processi decisionali.

Orbene, sembra potersi affermare che la modifica della composizione della Corte di giustizia abbia formato un terreno fertile per il radicarsi e la successiva manifestazione dell’esigenza, profondamente sentita dagli Stati europei, di mantenere salda la propria sovranità in un ramo dell’ordinamento dell’Unione europea, quello giurisdizionale, dove ancora vigeva un approccio fortemente intergovernativo; e che, in quest’ottica, molte delle argomentazioni addotte a sostegno del raddoppio dei giudici abbiano in realtà celato l’intento preminente di consentire il perdurare di un inveterato – ma non per questo giustificato – sistema di rappresentanza delle singole nazionalità all’interno del giudice dell’Unione europea.

5. Riferimenti bibliografici

ALEMANNI, Alberto; PECH Laurent (2017), “Thinking Justice Outside the Docket: A Critical Assessment of the Reform of the EU’s Court System” in *Common Market Law Review*, vol. 54, n. 1.

ALEMANNI, Alberto; PECH Laurent (2015) “Reform of the EU’s Court System: Why a More Accountable – not a Larger – Court is the Way Forward” in *Verfassungsblog – On Matter Constitutional*, 17 giugno 2015.

ABENAÏM, Marc (2016) “Epilogue, at Last, on the Reform of the General Court”. *Kluwer Competition Law Blog*, 26 gennaio 2016.

BONI, Stefano (2012) “Commento all’art. 281 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea”. In CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice Dell’Unione Europea. TUE e TFUE Commentati Articolo per Articolo, Prefazione di J.M. Durão Barroso*. Napoli: Simone, pp. 2044-2046.

COLLINS, Anthony Michael (2016) “The General Court: Enlargement or Reform?”. Intervento alla *Annual European Law Conference*, King’s College, Londra, 15 marzo 2016.

CURTI GIALDINO, Carlo (2004) “Unità Nella Diversità. Brevi Considerazioni Sul Motto Dell’Unione Europea”. *Il Diritto Dell’Unione Europea*, 2004, vol. 3, pp. 659-660.

CURTI GIALDINO, Carlo (2015) “Il raddoppio dei giudici del Tribunale dell’Unione: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea”. *Federalismi, Federalismi*, 27 aprile 2015.

DEHOUSSE, Franklin (2016) “The Reform of the EU Courts (II). Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court”. *Egmont Paper*, vol. 83.

HEFFERNAN, Liz (2002) "The Treaty of Nice: Arming the Courts to Defend a European Bill of Rights?". *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, pp. 189-222.

LOUIS, Jean-Victor (2011) "The Reform of the Statute of the Court". *Les Cahiers de Droit Européen*, vol. 1, p. 9.

MANGIAMELI, Stelio (2011) "Il Disegno Istituzionale dell'Unione Europea Dopo il Trattato di Lisbona". *Il Diritto Dell'Unione Europea*, vol. 2, pp. 377 ss.

NUGENT, Neill (2003) *The Government and Politics of the European Union*. Basingstoke: Palgrave.

ROBINSON, Duncan (2015) "The multiplying judges of the ECJ". *Financial Times*, 17 aprile 2015.

SARMIENTO, Daniel (2015) "The Reform of the General Court: Unleashing the Forces of Change". *Despite our Differences Blog*, 15 dicembre 2015.

SHARPSTON, Eleanor (2013) "Judicial Protection Through Adequate Judicial Scrutiny – Some Reflections". *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n° 6, pp. 453-454.

SCHOO, Johann (2009) "Das Neue Institutionelle Gefüge der EU". In SCHWARTZE, Jürgen, HATJE, Armin (a cura di), *Der Reformvertrag von Lissabon*. Baden-Baden: Nomos, p. 66.

STEIN, Eric (1981) "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution". *American Journal of International Law*, vol. 75, n° 1, pp. 1-27.

TIZZANO, Antonio (2012) "Il Nuovo Ruolo delle Corti Supreme nell'Ordine Politico e Istituzionale: la Corte di Giustizia Dell'UE". *Il Diritto Dell'Unione Europea*, vol. 4, pp. 811-849.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LA SOBERANÍA ESTATAL

*Karen G. Añaños B**

SUMARIO. 1. Introducción. – 2. Origen y motivos de la crítica al SIDH. – 3. Desafíos del SIDH: la soberanía estatal, el principio de no intervención y la garantía de la seguridad nacional – 4. El Control de Convencionalidad. – 5. Reflexiones Finales. – 6. Referencias bibliográficas.

El Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos (SIDH) no está al margen al nuevo contexto global, por lo que debe afrontar una serie de problemas y situaciones complejas, como la crisis del 2011, y superar, principalmente, una serie de desafíos tanto estructurales como técnicos que, frente a los planteamientos europeos son diferentes.

Así, se observan problemas, en la concepción, funcionamiento y cumplimiento de los fines del SIDH, como, por ejemplo, la actitud reticente de los Estados miembros de la OEA respecto a las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) alegando la injerencia en su soberanía estatal y seguridad nacional.

La Corte IDH, tras la construcción jurisprudencial de su nueva doctrina convencional, viene afianzando la supremacía de la Convención Americana de Derechos Humanos, frente a la normativa nacional.

En ese sentido, el presente trabajo, analiza e identifica de que uno de estos desafíos pasa por el necesario cambio de postura, por parte de los Estados respecto a la soberanía estatal, el principio de no intervención y la garantía de la seguridad nacional.

1. Introducción

Uno de los múltiples efectos de la globalización, en general, y de la globalización del derecho, en particular, es la gestación del diálogo de

* Profesora de Derecho Constitucional de la UGR. Doctora en Derecho. Abogada internacional especializada en derechos humanos con experiencia profesional en la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España. Universidad de Granada-España.

tribunales y jueces, a nivel mundial y nacional, que no es indiferente a ninguno de los sistemas de protección internacional de derechos humanos, como es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y sus Estados miembros. (NEGRO ALVARADO, 2013).

Si sumamos a estos factores externos, otros más, acaecidos en el interior del SIDH, como la puesta en marcha de la Corte Interamericana y la elección de los primeros jueces, en 1979, así como el inicio de actividad jurisdiccional, con la expedición de su primera sentencia, en 1987, se desemboca en un sistema más dinámico.

Así, en los últimos tiempos, la tendencia del SIDH es activa y progresiva, tal y como lo reflejan las diversas reformas normativas, institucionales y doctrinales, que se han llevado a cabo en su interior, a saber:

Primero, a *nivel normativo*, a partir del año 2000, se vienen realizando un conjunto de reformas internas en los diferentes cuerpos legislativos (Estatuto, Reglamento), de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se pueden citar las nuevas reformas reglamentarias de 2013 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Segundo, a *nivel institucional*, la Comisión Interamericana, en el año 2011, tomó una serie de decisiones (emisión de Medidas Cautelares, demanda de Estados ante la Corte Interamericana), que complicó su relación con algunos Estados.

Por último, la reforma implica, a *nivel doctrinario*, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su papel como intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos, venga planteando una nueva doctrina, denominada el “Control de Convencionalidad” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013: 221-270; SAGÜÉS, 2011: 381-417), que se refiere a la obligación que tienen los jueces ordinarios de contrastar, que la norma, que se va aplicar, es compatible con las obligaciones convencionales que tiene el Estado parte.

La postura de esta doctrina está generando algunas inquietudes entre los Estados, que han firmado la Convención Americana y que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana¹.

Algunos países, como es el caso de Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Perú, El Salvador, y Uruguay, han aceptado el alcance del control de convencionalidad y vienen trabajando en su incorporación e implementación (SAGÜÉS, 2011: 391-397).

Sin embargo, los Estados, que no aceptan esta doctrina, alegan una

¹ Se puede citar el caso que se ha planteado en Brasil, en el que la Corte IDH está abarcando más allá de las competencias que le corresponden, de acuerdo a la Convención Americana.

injerencia en su soberanía y ponen en tela de juicio el rol de la Corte Interamericana, aduciendo que se está excediendo en su labor como garante de la protección de los derechos humanos. Además, estos Estados argumentan que no se respetan sus derechos, como únicos y últimos responsables y conductores, de una mayor protección, a nivel internacional, de los derechos de sus ciudadanos.

Ahora bien, en el caso de los Estados latinoamericanos, en su mayoría, a partir del año 2000, vienen experimentando un gran avance en la consolidación de la democracia, dejando atrás los gobiernos militares y los golpes de Estado (exceptuando los golpes de estado de Venezuela, en 2002²; Ecuador, en 2005³; y Honduras, en 2009)⁴.

Esta situación genera una mayor participación y conciencia de los usuarios del SIDH. En consecuencia, el número de casos y peticiones, que se tramitan ante la Comisión Interamericana, va aumentando, paulatinamente, con una mayor intensidad en los últimos años, es decir, desempeñando la Comisión un papel más activo.

Asimismo, la economía de los países empieza a crecer, gradualmente, como son los casos de Brasil, Chile, Ecuador, Perú, México, etc.⁵ Sin embargo, en el seno de algunos Estados, se siguen dando problemas sociales y de violaciones de derechos humanos, que, frontalmente, chocan con las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana y que han desembocado en una crítica al SIDH por parte de estos Estados.

2. Origen y motivos de la crítica al SIDH

El origen de la crítica radica en el descontento de varios países suramericanos, miembros del SIDH, por las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana; inicialmente, lo encabezaron los países de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), conformado por Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Nicaragua, San Vicente y las Granadinas y Venezuela⁶.

² Golpe de Estado en Venezuela contra el gobierno de Hugo Chávez en el cual Pedro Carmona Estanga asumiría la presidencia de la república por unas horas.

³ Golpe de Estado en Ecuador que terminó con la salida de Lucio Gutiérrez.

⁴ Golpe de Estado en Honduras contra el gobierno democrático del Presidente Manuel Zelaya; Roberto Micheletti asume el poder y las libertades civiles son restringidas.

⁵ *World Economic Outlook. The Global Demographic Transition*, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012. Información disponible, en la web del Fondo Monetario Internacional, en: <http://www.imf.org/>.

⁶ En el caso de Honduras, el Congreso Nacional, aprobó la adhesión del mismo con fecha

En particular, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela presentan una posición unánime de descontento con la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, por decisiones que se han acordado y que inciden, por diferentes motivos, cada país, en particular. Posteriormente, a esta postura de descontento, por las recientes decisiones de la Comisión Interamericana, se sumaron otros países miembros de la OEA, como Argentina, Brasil, Bolivia y Perú.

En general, en primer lugar, las críticas de Ecuador y Venezuela estaban dirigidas contra la Relatoría Especial de la OEA para la libertad de expresión.

Venezuela acusa a la Comisión, por injerencia en los asuntos internos de los Estados y por falta de objetividad en las decisiones que toma.

La razón principal de la molestia del Estado venezolano radica en los llamados de atención reiterados de la Relatoría Especial para Libertad de Expresión de la CIDH, respecto a la libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de prensa y medios de comunicación, funcionamiento de fuerzas de seguridad y tribunales, entre otros tantos reclamos recibidos, en el seno del SIDH.

Paralelamente, Venezuela ha anunciado insistidas veces que no se sometería a la jurisdicción de la Corte Interamericana, al no querer reconocer y, muchas veces, no darse por aludido sus dirigentes, ante las medidas cautelares que recaen sobre el país. Así, tras la sentencia condenatoria por parte de la Corte IDH, en contra del Estado de Venezuela por la violación del derecho a la integridad personal, y por los tratos inhumanos y degradantes en perjuicio de Raúl José Díaz Peña, de 2012,⁷ Venezuela denunció a la Convención Americana⁸ y se retiró de la jurisdicción contenciosa de la Corte, cuyo efecto entró en vigor el 11 de septiembre de 2013.

La denuncia de la Convención Americana ha generado un ambiente muy

10 de octubre de 2008, pero a causa del golpe de estado de Honduras contra Manuel Zelaya, el 2 de julio de 2009, Venezuela suspendió a Honduras del “Programa Petrocaribe”, a fin de evitar que esta ayuda financiera se usara para subsidiar al gobierno impuesto por el golpe, y a continuación se anunció la suspensión por tiempo indefinido de ese país centroamericano del ALBA. Posteriormente, con fecha 15 de diciembre de 2009, se inició formalmente, el procedimiento para retirarse definitivamente del ALBA, y tuvo fin el 12 de enero de 2010 cuando el Congreso Nacional de Honduras aprobó renunciar al Tratado.

⁷ Cfr. Corte IDH. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de junio de 2012, Serie C N° 244, en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_244_esp.pdf.

⁸ Mediante comunicado de prensa, de la Secretaría General de la OEA, C-307/12 de 10 de septiembre de 2012, la República Bolivariana de Venezuela, informó al Secretario General, que denunciaba la Convención Americana. Ver, comunicado completo en el Blog de la Corte IDH: <http://corteidhblog.blogspot.com.es/2012/09/venezuela-denuncia-la-convencion.html>; Cfr. CIDH. *Informe Anual 2011*.

tenso, que, en última instancia, va en detrimento del único sistema de protección de derechos humanos del continente americano, convirtiendo a Venezuela en el único país suramericano en dejar de aceptar los fallos obligatorios de este Tribunal, junto con la decisión de la Comisión Interamericana. En esta línea, el 26 de mayo de 1998, Trinidad y Tobago también denunciaron a la Convención Americana, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA.

La Convención no prevé un mecanismo de retiro de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte. En cambio, la denuncia a la Convención o el reconocimiento por plazos determinados o para casos específicos, si está contemplado, por la Convención. Este trámite se inicia, con un preaviso de un año, ante la Secretaría General de la OEA, y con un plazo de cinco años más, para reconsiderar la denuncia. En caso contrario, se hace efectivo. (Art. 78 CADH).

Ecuador, no está conforme por los informes críticos de la Comisión, hacia la restricción de la libertad de expresión, tras reformar su Constitución, que perseguía incrementar el poder del gobierno para limitar los medios de comunicación en este país.

En el caso de Brasil, su pronunciamiento, a favor de la reforma del sistema, y su descontento con la OEA, tampoco es nuevo. Así, su alejamiento de la organización es debido, principalmente, a su inconformidad manifiesta, respecto a las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana, el 01 de abril de 2011⁹, sobre la Cuenca del Río Xingu. En particular, se le obligó a suspender la construcción de la Represa Hidroeléctrica Belo Monte, hasta que se hubiera consultado debidamente a las comunidades indígenas afectadas. Tal fue el desagrado, con esta medida, que Brasil retiró a su Embajador ante la OEA.

Por su parte, Nicaragua y Bolivia siguen mortificados por sus reclamos fronterizos, el primero con Costa Rica; y el segundo, con Perú y Chile, por el acceso al mar¹⁰. Estas reivindicaciones no han sido tomadas en cuenta en el seno de la OEA, sumado a que, en varias ocasiones, se han emitido recomendaciones en contra de los dos países.

⁹ MC 382/10 - Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil, en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp#382-10>

¹⁰ Con fecha, 16 de enero de 2008, el gobierno de Perú demandó al gobierno de Chile ante la Corte Internacional de Justicia (Haya), al respecto, cabe recordar, que la materia de la controversia jurídica bilateral, se refiere a la delimitación de los espacios marítimos de ambos países, a partir del punto en que la frontera terrestre entre el Perú y Chile llega al mar, esto es, a partir del punto denominado "Concordia", de conformidad con el Tratado de Lima de 1929. A la fecha, diciembre de 2014, se ha emitido, sentencia favorable al Estado peruano.

Perú criticó, con dureza, la decisión de la Comisión Interamericana de denunciarlo ante la Corte Interamericana, con fecha 13 de diciembre de 2011, por presuntas ejecuciones extrajudiciales durante el rescate en la Embajada de Japón de 71 rehenes, en 1997, conocida como la operación “Chavín de Huántar”; en consecuencia, se sumó a la causa.

En los últimos tiempos, las críticas, contra el SIDH, han ido en incremento, en especial, sobre la Comisión Interamericana, la cual ha sido el centro de continuos ataques, por parte de algunos Estados.

En consecuencia, en este contexto de crisis y, como resultado de la presión de los Estados, por modificar el funcionamiento de la Comisión Interamericana, en marzo de 2011, la propia Comisión presentó una propuesta de reforma al artículo 11 de su Reglamento, con la finalidad de detallar el proceso de selección y nombramiento de su Secretario Ejecutivo. Este hecho, constituye el origen al planteamiento de otros temas del funcionamiento de la Comisión Interamericana.

Por ende, surgieron varios grupos de trabajo (GT) en los diferentes organismos de la OEA, a fin de plantear alternativas de solución. Proceso conocido como de “Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH”.

Finalmente, el 22 de marzo de 2013, siguiendo la programación del Consejo Permanente, tuvo lugar en Washington, la Asamblea General extraordinaria de la OEA, a fin de pasar revista a los trabajos del Consejo Permanente sobre el proceso de reflexión¹¹. Esta reunión concluyó con un texto en consenso. Así, la negociación resultante buscó conciliar los textos de las dos breves resoluciones: recomendaciones del Consejo Permanente y del grupo de ALBA, que fue adoptado, por unanimidad de los Estados interamericanos, el 23 de marzo de 2013.

El documento se ha centrado en dar por buena la visión presentada por la Comisión Interamericana sobre su papel y sus tareas, sin entrar en los aspectos más controvertidos del proceso, poniendo así un punto final al mandato de Cochabamba; sin embargo, el grupo de ALBA obtuvo un párrafo adicional en el texto final, que insta de forma no vinculante a los Estados miembros a ratificar el Pacto de San José.

Los intentos de Ecuador junto con sus aliados del ALBA, por incluir una prohibición de los fondos voluntarios con finalidades específicas y la

¹¹ Según, el mandato de la AG de Cochabamba. El Ministro de Asuntos Exteriores (MAE) de Costa Rica, José Enrique Castillo, ha presidido la Asamblea, mientras, el MAE de Honduras, Arturo Corrales, ha presidido la Comisión General, para negociar el proyecto de resolución simultáneamente al plenario.

equiparación del nivel de todas las relatorías, con el objeto de debilitar la Relatoría sobre la Libertad de Expresión, han sido vanos.

Lo curioso es que precisamente Ecuador, fue condenado por la Corte Interamericana, por el tema de recortes al derecho a libertad de expresión, lo que sucede, es que esta relatoría, recibe más fondos voluntarios que el resto de Relatorías, por la importancia que implica este tema, en la región.

Asimismo, lo más relevante de este proceso es que, tanto la autonomía como la independencia del sistema interamericano, no están en grave peligro, a corto y a mediano plazo. La clave para conseguir dicho consenso ha sido una disposición, en la que se deja la puerta abierta a seguir debatiendo estos asuntos, en el marco del Consejo Permanente de la OEA.

Este proceso de reflexión concluyó cuando la Comisión Interamericana aprobó la *Reforma del Reglamento, políticas y prácticas*, mediante la *Resolución 1/2013*.

3. Desafíos del SIDH: la soberanía estatal, el principio de no intervención y la garantía de la seguridad nacional

Como se puede observar, desde la creación del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos (SIDH), ha tenido que hacer frente a múltiples situaciones y problemas, que pasan por afrontar y superar, principalmente, una serie de desafíos, que ponen en cuestión la propia existencia del SIDH. (AÑAÑOS, 2016).

En especial, frente al problema de la reticencia de los Estados en acatar las disposiciones de la Comisión y la Corte Interamericana, surge la necesidad de un cambio de postura por parte de los Estados Miembros de la OEA respecto a la soberanía, el principio de no intervención y la garantía de la seguridad nacional, como supuestos obstáculos para un sistema de garantía y protección supranacional de los DDHH en Latinoamérica.

Si los Estados siguen manteniendo conceptos anacrónicos de soberanía estatal o de seguridad nacional, el SIDH no podrá cumplir con sus fines.

En ese sentido, es ineludible replantearse la actuación que están teniendo los diferentes entes públicos, que supone uno de los retos más importantes, en aras de la defensa, promoción, reconocimiento y protección a los derechos fundamentales y garantías mínimas de los sujetos que pertenecen a una comunidad.

Al respecto, Rafael Nieto asegura que el sistema interamericano avanzará en la medida en que los Estados le otorguen un voto de confianza, lo que no sólo constituye un problema de jurisdicción interna. En el futuro, los Estados

que no formen parte del sistema interamericano, carecerán también de autoridad moral para hablar del respeto a los derechos humanos. (NIETO NAVIA, 1983).

En este punto, se puede plantear la cuestión ¿de qué manera el Estado puede contribuir a garantizar la protección de los derechos humanos? una de las posibles alternativas sería otorgarle primacía a los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos, dentro de su sistema jurídico.

Además, la ratificación y denuncia de estos instrumentos internacionales necesitará de la previa autorización de Congreso, mediante un acto legislativo, expedido con sujeción a las formalidades solicitadas para reformar la Constitución.

Con todo, es bastante complicado superar algunos sofismas que todavía persisten en el continente americano, y de quienes consideran que esta postura es peligrosa. Así, cabe citar la denominada “soberanía nacional”, que constituye la primera limitación a la acción de la Comisión y la Corte Interamericana. (VARGAS CARREÑO: 3-54).

Algunos Estados consideran que el hecho de hacer cumplir las sentencias emitidas, por el ordenamiento internacional, constituye cuestionar la “soberanía nacional”. (CASTAÑEDA ENCISO, 1991: 49; CORREA SALAS, 2001: 21-40), situación que es totalmente ajena a la realidad. Así, se puede citar de ejemplo, la ausencia más notable, la de EEUU, debido a su política de no someterse a sistemas que limiten su soberanía.

Por el contrario, lo que se pretende es dotar de una mayor garantía en la protección de los derechos del ser humano, en armonía al principio “*pro homine*”. Además, la esencia de la soberanía se pierde, cuando se utiliza para violar los derechos humanos. (NÚÑEZ PALACIOS, 1994: 134).

Como señala el profesor Juan Antonio Carrillo, se reconoce que la soberanía es visible en la naturaleza voluntaria de la competencia contenciosa de la Corte (CARRILLO SALCEDO, 2001: 136) ya que las sentencias de la Corte Interamericana tienen carácter obligatorio para los Estados. De este corolario, surge la necesidad del reconocimiento explícito de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Esto significa que, por la importancia que tiene una sentencia de la Corte, se ha considerado conveniente que se hagan dos reconocimientos: por un lado, a la Convención Americana en sí misma y, por otro, a la competencia contenciosa de la Corte, que para aceptarla los Estados deben acatar, previamente las disposiciones de la Convención Americana.

En esta línea, la denominada “soberanía” es consultada para que acepte, o no, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana; así, se mantiene intacta, ya que la competencia de la Corte no ha sido

obligatoria, sino responde a una voluntad del propio Estado. (CORREA SALAS, 2001: 32).

El profesor Juan Antonio Carrillo, encuentra otra señal de la continuidad de la soberanía, con relación a la Corte Interamericana, sobre la legitimidad que tienen los Estados de colocar un caso en la Corte; en contraste con los particulares, que no pueden acceder a la Corte Interamericana, sino sólo por medio de la Comisión Interamericana. (CARRILLO SALCEDO: 136).

De este modo, la presencia de los Estados en los procesos es privilegiada, respecto a los individuos, porque aquellos actúan como parte, mientras que las personas sólo pueden intervenir como testigos, relatando los hechos. (CORREA SALAS: 32).

Asimismo, algunos Estados, por lo general, suelen contraponer el respeto a los derechos humanos y a los compromisos democráticos, con el “principio de no intervención”.

En términos de Diego García-Sayán, “no existe oposición entre el “principio de no intervención”, la defensa de la democracia y los derechos humanos, porque los compromisos en materia de defensa de la democracia son contraídos por los países en el libre ejercicio de su propia soberanía”. (GARCÍA-SAYÁN, 2003: 93).

Además, los Estados, a fin de no cumplir con sus obligaciones internacionales, utilizan la denominada “seguridad nacional”, para justificar las atrocidades cometidas en contra de sus ciudadanos, dando lugar a la eliminación de las libertades individuales, y el apocamiento de los Estados democráticos.

Sin embargo, en un Estado de Derecho, frente y por encima de la “seguridad nacional”, se sitúa la justicia, aunque lo ideal sería que ambas vayan de la mano, si bien primando la justicia sobre la seguridad, para hacer latente la defensa de la dignidad del hombre.

En consecuencia, toda la acción del Estado debe estar al servicio de la defensa de la dignidad del hombre y también el ejercicio del poder de los gobernantes, como positivamente se ha orientado el compromiso internacional, en la defensa de las garantías individuales. Esto obedece al sentido de la justicia como valor supremo. (CASTAÑEDA ENCISO, 1991: 25; PIZZOLO, 2013: 217-218).

En el caso de la Constitución peruana, según el Art. 3, se fundan en valores como la dignidad del hombre, los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Finalmente, como un tercer factor, dentro del cambio de postura de los Estados, son las modificaciones que se han dado, tanto a nivel procedimental como sustantivo, de los reglamentos de la Comisión y de la

Corte Interamericana, las que han servido para fortalecer el sistema interamericano.

Sin embargo, estas reformas, a nivel internacional, no son suficientes. Se requiere implementar algunos cambios adicionales, con el objeto de lograr el fortalecimiento global del sistema interamericano, con la participación de todos los actores del sistema.

Para implementar las nuevas reformas, se necesita potenciar el SIDH, a nivel funcional y económico, pero también es necesario un cambio de postura por parte de los Estados, que expresen un mayor compromiso, respecto a la protección y promoción de los derechos humanos en el continente americano.

En concreto, sería conveniente seguir las siguientes actuaciones:

a) La toma de conciencia del carácter subsidiario del sistema interamericano, de tal manera que los Estados se reconozcan como los principales protectores de los derechos humanos;

b) El cumplimiento, a nivel interno, de las sentencias de la Corte, y el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión.

En este contexto, tanto la Comisión como la Corte Interamericana tienen también su propio desafío, para poner en práctica todas aquellas reformas reglamentarias que se dieron, en su momento. Este proceso debe girar en torno al respeto de la Convención Americana y la estructura del sistema interamericano.

Además, conjuntamente con los Estados, estas instituciones están llamadas a emprender una ardua tarea de difusión del sistema interamericano y de los mecanismos protectores, que ofrecen.

4. *El Control de Convencionalidad*

En Latinoamérica, la jurisprudencia interamericana constituye un capital jurídico valioso, así como una doctrina de la más alta calidad, en materia de la protección de los derechos humanos.

Así, la Corte IDH, en su papel como intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos, desde el año 2006, está avanzando en la protección contra la violación de los derechos humanos, a través de la nueva “doctrina de convencionalidad”, afianzando la supremacía de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos (NOGUEIRA, 2013; SAGÜÉS, 2011; ALBANESE, 2008; HITTERS, 2009).

A manera de referencia, destacamos como antecedente, el caso “*La última*

tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, de 2001. Posteriormente, en 2006, hay que subrayar su primer pronunciamiento, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*; y, unos meses después, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Respecto a sus sentencias más recientes, se puede citar, en 2007, el caso *Boyce y otros vs. Barbados*; en 2008, los casos *Fermín Ramírez* y *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*; y *Castañeda Gutman vs. México*; en 2009, el caso *Radilla Pacheco vs. México*; en 2010, el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*; y finalmente, en 2012, el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

Doctrina convencional, que sostiene la obligación, que poseen los jueces ordinarios, de contrastar que la norma que se va aplicar es compatible con las obligaciones convencionales, que tiene el Estado parte. Y, si no lo es, debe optar por una norma o una interpretación, que respete las obligaciones internacionales del Estado, con la finalidad de resolver el caso, que han puesto a su conocimiento.

En consecuencia, no se puede aplicar, ni efectivizar, toda norma de derecho interno, que sea contraria al Pacto de San José de Costa Rica y a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana. Además, se hace extensiva esta competencia no sólo a jueces ordinarios, sino también a los tribunales constitucionales.

Y es precisamente, en este contexto de respeto y protección de los derechos humanos, donde el Tribunal Constitucional (TC) o Corte Constitucional cumplen un rol esencial en los países latinoamericanos.

En la actualidad, estos tribunales constitucionales son principalmente tribunales de derechos fundamentales, que fijan pautas hermenéuticas, que van a iluminar a todo el sistema jurídico de un país (BUSTAMANTE, 2010:407).

La postura de esta nueva doctrina convencional está generando algunas inquietudes entre los Estados, que han firmado la Convención Americana y que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Se puede nombrar el caso que se ha planteado en Brasil, en el que la Corte Interamericana está abarcando más allá de las competencias que le corresponden, de acuerdo a la Convención Americana.

Algunos países, como es el caso de Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Perú, El Salvador y Uruguay, han aceptado el alcance del control de convencionalidad y vienen trabajando en su incorporación e implementación (SAGÜÉS, 2011:391-397).

Sin embargo, los Estados, que no aceptan esta doctrina, alegan una injerencia en su soberanía y ponen en tela de juicio el rol de la Corte Interamericana, aduciendo que se está excediendo en su labor como garante

de la protección de los derechos humanos. Además, estos Estados argumentan que no se respetan sus derechos, como únicos y últimos responsables y conductores, de una mayor protección, a nivel internacional, de los derechos de sus ciudadanos.

5. Reflexiones Finales

- En las últimas décadas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido un impacto creciente y dinámico en la región latinoamericana. A pesar de estos cambios positivos, también hemos sido testigos de los problemas que ha tenido que hacer frente. Así, lo refleja la última crisis de legitimidad, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sustanciada en el “Proceso de reflexión de la Comisión Interamericana para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano”. Aunque esta situación ha sido superada en un corto y medio plazo, nada garantiza que no vuelva a ocurrir, revelando los puntos débiles del Sistema Interamericano y ratificando la importancia de contar con una protección supranacional.

- El nuevo contexto global y cambiante impone hacer frente a una realidad distinta, que plantea una serie de retos, de cara al futuro, que debe asumir el SIDH. Para conseguirlo, es necesario esperar, en el sentido de que la propia dinámica del tiempo coadyuve a madurar política e institucionalmente a los jóvenes Estados democráticos de Latinoamérica, de modo que puedan superar, entre otros, el necesario cambio de postura, por parte de los Estados Miembros de la OEA. Lo que no es válido es alegar una supuesta injerencia en la soberanía estatal o riesgo en su seguridad nacional, para no cumplir con las obligaciones asumidas frente al SIDH.

- Los Estados tienen en sus manos la gran responsabilidad, tanto a nivel nacional como internacional, de asumir su papel como impulsores en la consolidación de la protección los derechos humanos, colocando al ser humano en la cúspide. Los Estados son los que tienen la facultad de obligar a su aparato judicial a ejecutar las decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana. En ese sentido, es importante que los Tribunales nacionales apliquen la doctrina convencional de la Corte Interamericana.

Asimismo, creemos que la presión social y los medios de comunicación juegan un rol importante, en este proceso.

Referencias bibliográficas

ALBANESE, Susana (2008). “El control de convencionalidad”. En VV.AA., *El Control de Convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar.

AÑAÑOS BEDRIÑANA, Karen (2016). “Los Desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”. *Actas del Congreso El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Homenaje a M^a Esther Martínez Quinteiro*, ediciones de la Universidad de Salamanca.

BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2010). “El respeto y la garantía de los derechos humanos es una obligación de todos los poderes del Estado: entrevista a Claudio Nash Rojas”. En Avendaño, J; Santistevan, J; y García, V. (Dir.), *Gaceta Constitucional*, Tomo 36. Lima: Gaceta Jurídica.

CARRILLO SALCEDO, José Antonio (2001). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2da. Edición.

CASTAÑEDA ENCISO, Jorge Alexander (1991). *Instrumentos Jurídicos Protectores de Derechos Humanos*. Santa Fe de Bogotá D.C.

CORREA SALAS, Fernando (2001). “Análisis del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y su impacto en la soberanía nacional de sus miembros”. *Ius Et Veritas*, Año XII, n° 23, PUCP, p. 21-40.

GARCÍA-SAYÁN, Diego (2003). “La Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”. México: Instituto de Investigaciones de la UNAM, p. 93.

HITTERS, Juan Carlos (2009). “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe*, Vol. 7 (2), Centro de Estudios Constitucionales.

NEGRO ALVARADO, Dante (2013). “Introducción al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos”, *Papeles de Trabajo de la Defensa Pública*, n° 6. Buenos Aires: Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

NIETO NAVIA, Rafael (1983). “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista Universitas*, n° 65. Bogotá: Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y corte interamericana de derechos humanos”. *ReDCE*. Año 10, n° 19, p. 221-270.

NÚÑEZ PALACIOS, Susana (1994). *Actuación de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Azcapotzalco, Universidad Autónoma Metropolitana.

PIZZOLO, Calogero (2013). “Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani”, en Mezzetti, L. y Pizzolo, C. (a cura di). *Diritto Processuale dei Diritti Umani*, Repubblica di San Marino, Italia: Maggione Editore, p. 217-218.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2011). “El ‘control de convencionalidad’ en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en los ámbitos de los derechos económico-sociales.

Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”, en Von Bogdandy, A. y Otros. (coord.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 381-417.

VARGAS CARREÑO, Edmundo. “El principio de no intervención y su vigencia en el Derecho Internacional del siglo XXI”, México: UNAM, p. 3-54. [Disponible en línea]: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1643/3.pdf>.

PARTE II:
NUOVE FORME DI PARTECIPAZIONE POLITICA

CONSIDERACIONES SOBRE LA CRISIS DE LA SOBERANÍA
Y DE LA REPRESENTACIÓN
A NIVEL ESTATAL. ELEMENTOS DE LAS NUEVAS RELACIONES
POLÍTICAS ENTRE DEMOCRACIA, POPULISMO Y TECNOLOGÍA

*Luis Miguel González de la Garza**

SUMARIO 1. Introducción. – 1.1. Una democracia de ejercicio excesivamente discontinuo. – 2. Los nuevos medios como espejos donde se refleja la democracia formal. – 2.1 Democracia directa y democracia representativa, la insuficiencia de una ficción desvelada. – 2.2. Los ciudadanos en una democracia avanzada desean participar. – 3. Las nuevas formas de comunicación acarrear nuevas formas de participación y control como el recall. – 4. Los partidos políticos han deteriorado la confianza de los ciudadanos en la democracia.

1. *Introducción*

Es a nuestro juicio razonable sustentar la crisis de la representación primero y de la soberanía después, en un estadio tecnológico en el que se está produciendo una atomización preocupante del poder político y de su articulación jurídica que descansa, en buena medida, en la revolución que las comunicaciones electrónicas están suponiendo para la configuración de nuevos modelos de participación democrática y erosión simétrica de fórmulas acuñadas en los siglos XVIII y XIX, que no responden ya a las exigencias sociales generalizadas que se organizan en base a las nuevas facultades que brindan estas tecnologías de cohesión social.

1.1. *Una democracia de ejercicio excesivamente discontinuo*

La participación ciudadana activa articulada sobre las tradicionales fórmulas de participación presencial queda excluida, prácticamente, del circuito de decisión jurídica en los modelos de democracia representativa en los que, una vez, cada cuatro años se ostenta la facultad de seleccionar grupos de candidatos que serán los que verdaderamente desempeñarán la tarea jurídica de tomar decisiones vinculantes para la comunidad a través de la institución parlamentaria. En efecto, si un ciudadano vota una vez cada cuatro años (en unas elecciones generales), estimando la duración de la vida en 80 años (hombres y

* Profesor de Derecho Constitucional UNED.

mujeres) y suponiendo que la edad de votación se inicia a partir de los 18 años de edad, tal ciudadano elector votará en 15 elecciones generales a lo largo de toda su vida -siempre que no opte por la abstención-. Suponiendo una media de 5 minutos por elección (tiempo de realización de los actos de identificación ante la Mesa electoral y depósito del voto en la urna), dedicaremos en toda nuestra vida 1 hora y 15 minutos a la participación democrática jurídicamente relevante. Algún comentarista señalará que qué sucede con las elecciones municipales, autonómicas y europeas, tendrá razón, la participación asciende, en total, a 5 horas en toda una vida. Si esto es verdaderamente todo el logro de la participación democrática, no existen razones para mostrar satisfacción por tan exiguo triunfo de los modernos estados apellidados “democráticos”. Naturalmente, durante esos 300 minutos no se produce ninguna decisión técnicamente vinculante; tan sólo se designa a aquellos a quienes podrán -esos sí-realmente adoptarlas. A consecuencia de la evolución de la democracia liberal-representativa a la democracia de masas, en el Estado de partidos señalaba GERHARD LEIBHOLZ, (1958: 88-111), el parlamento pierde su carácter originario y se convierte en el lugar en el que se reúnen los comisionados de los partidos para registrar decisiones tomadas en otros lugares (en las comisiones o en las conferencias de partido). Como precisara MAURICE DUVERGUER, (1951:463) “*los propios parlamentarios están sometidos a una obediencia que los transforma en máquinas de votar guiadas por los dirigentes de partido*”. Las fracciones se van transformando cada vez más de instituciones del derecho parlamentario en instituciones del Estado de partidos.

Lo anterior es una razón suficiente para que unas sociedades cada vez más interconectadas, sensibles a los problemas y activas se planteen ensayar fórmulas tentativas que superen ese esquema limitado e insatisfactorio propio de la democracia representativa actual.

2. Los nuevos medios como espejos donde se refleja la democracia formal

Las redes sociales y su poder de articulación de nuevas formas de expresión en la dimensión actual de opinión pública política autónoma¹ son instrumentos aptos, tanto para ser el mecanismo que puede explicar la crisis en algunas de sus dimensiones centrales, como para mostrar algunas de sus con-

¹ Es decir, aquella que no depende de los circuitos profesionales institucionalizados clásicos de generación de opinión pública, tales como la televisión, la prensa escrita o electrónica, ni la radio.

secuencias más negativas como es la aparición de nuevos populismos que tienen en las redes sociales un vector de difusión muy relevante².

No cabe duda que la democracia representativa y, sobre todo, la prohibición del mandato imperativo son actualmente contestados por cada vez más amplios sectores de la ciudadanía que no comparten su justificación teórica, al existir sistemas de comunicaciones versátiles como Internet que hacen posible, a nivel teórico al menos, hacer presente lo ausente con diversos grados de efectividad que no existían cuando se desarrollaron las justificaciones teóricas tanto de la democracia representativa, como de la prohibición del mandato imperativo. Hoy vuelve a ser posible recrear una especie de nuevos: “*cabiers de doléances*” de nueva factura, participativos, sujetos a revisión crítica propios de un nuevo estadio o evolución democrática que se forman en muy diversos entornos y sirven a muy diversos propósitos. No existe necesariamente una organización central, se articulan en base a intereses plurales que los desarrollan y se circunscriben, por el momento, a la esfera de la opinión pública política virtual y gozan de propiedades de articulación cada vez más eficientes y mejor cuantificadas, por ejemplo, en el fenómeno cada vez más popular de los “presupuestos participativos de los municipios” como argumenta OLIN WRIGHT, (2014:166-177) en el modelo de Porto Alegre, en Brasil.

La suma de los fenómenos micro en los marcos macro, revelan una preocupación sensible por la participación “constante” y el “control permanente” de los administrados, de los ciudadanos sobre sus representantes, pero ese “control” no se conforma con advertir, señalar y dar publicidad, su significado es cualitativamente distinto, desea participar activamente, directamente en el marco de una democracia refrendataria o plebiscitaria o, en algunos casos directa lo que entra en colisión con el modelo representativo y la estructura jurídica que lo fundamenta.

La soberanía popular como concepto, como poder, parece encontrar en estas nuevas fórmulas una nueva dimensión al menos en su cuantificación, de interés. La democracia representativa como ficción y como estructura “institucional” parece perder terreno frente a lo existencial.

Como señalara CLAUS OFFE, (2003:251-282), una *institución* que funciona, alivia a los actores de sus preocupaciones sobre objetivos o estrategias, ya que es posible confiar en que un curso de acción institucionalmente prescrito tendrá efectos beneficiosos o, al menos, aceptables para la comunidad. Así, las *instituciones* permiten que las preocupaciones instrumentales sean reemplazadas por una dosis saludable de ritualismo y conservadurismo. Una vez establecidas y ampliamente consolidadas, las instituciones toman vuelo

² Sobre estos aspectos puede verse, González de la Garza, Luis Miguel, (2015).

propio debido al invisible funcionamiento del piloto automático. Esto significa que funcionan de manera satisfactoria como un marco *suprainstitucional* para la acción apropiada³. Ello resulta necesario en los procesos políticos de toma de decisiones colectivas desde que Arrow, como recuerda GUY PETERS, (2003:79), demostrase que era imposible desarrollar una función social de bienestar de la que se pudiera garantizar que generaría una decisión que satisfaría las prioridades de todos los miembros participantes en una sociedad democrática y totalmente pluralista mediante el método de la preferencia basada en votaciones por mayoría, circunstancia que encuentra precedentes en la obra de Condorcet (1785), problema estudiado un siglo después por C.I. Douglas (1876) y tema de investigación de la literatura moderna sobre elección pública que comienza con Duncan Black (1948) y desarrolla, como hemos señalado, KENETH ARROW, (1984: 50-51). Las instituciones formales e *informales*⁴ son un medio para eludir este problema fundamental de la acción colectiva y de la democracia directa pura, ya que las instituciones proveen de una serie de reglas unánimemente aceptadas o en algunos supuestos *implícitamente aceptadas* que permiten convertir las preferencias en decisiones. El sistema parlamentario representativo es un claro ejemplo de acuerdo institucional formalmente teorizado de *reducción de la complejidad política y social que genera confianza*⁵ y *seguridad jurídica* simultáneamente mediante los procesos públicos de adopción de decisiones jurídicamente vinculantes. Esa es verosímelmente la razón por la que KARL LOEWENSTEIN, (1976: 70) viera que la invención de la representación política –una *ficción jurídica*– a la postre, como señalara correctamente HANS KELSEN, (1995: 343-344) constituye uno de los inventos más significativos de la civilización humana en los últimos tiempos, cuya transcendencia se podría equiparar incluso con la invención del Estado moderno, el vapor, la electricidad, el motor de explosión o la fuerza atómica, al fin y a la postre como remarca muy certeramente EDMUND S. MORGAN, (2006: 13-16), el mundo político de las simulaciones se mezcla con el mundo real de extrañas maneras, pues el mundo de las simulaciones puede con frecuencia *dar forma al mundo real*. Para ser viable, para cumplir con su propósito, sea cual fuere ese propósito, una ficción debe tener una cierta semejanza con los hechos. Si se apartada demasiado de los hechos, la suspensión voluntaria de la incredulidad se desmorona. Y a la inversa, podría

³ En este tipo de instituciones las relaciones institucionales pueden obedecer a relaciones entre los participantes “blandas” o hasta cierto punto informales o elásticas. Por lo tanto no sería apropiado pensar en modelos de interacción jerárquica estructuradas con rigidez.

⁴ Para una descripción apropiada de las instituciones informales, puede verse: Gretchen Helmke, y Steven Levitsky, (2004: 725-740).

⁵ Así lo entendemos con Luhmann, puede verse: Luhmann, Niklas, (1996: 39-52).

desmoronarse si los hechos se alejan demasiado de la ilusión a la que queremos que se parezcan, no es desconcertante, es la naturaleza *lógica de la sociedad* (conceptual, proposicional) como demuestra convincentemente JOHN R. SEARLE, (2014). Los hechos en el sistema representativo se han separado demasiado de la realidad pensada por los ciudadanos y la ilusión del sistema ha empezado a resquebrajarse.

2.1 Democracia directa y democracia representativa, la insuficiencia de una ficción desvelada

Los modelos basados en la democracia directa que en la actualidad se propugnan por ciertas sensibilidades, van en contra del sistema institucional representativo y, por lo tanto, generan una complejidad que estimamos sencillamente inmanejable en diversas dimensiones cruciales del funcionamiento democrático de las instituciones y cuya evolución podría poner en grave peligro los logros alcanzados en las modernas democracias constitucionales, no podemos desconocer con GIOVANNI SARTORI, (2007: 146) que una democracia pura (que no sea ni liberal ni constitucional) puede perfectamente volverse absoluta: la hipótesis de un “*absolutismo democrático*” es perfectamente plausible. Ahora bien, ello no quiere decir que estos modelos no sean aprovechables y realmente útiles para reacondicionar, perfeccionar o proponer líneas evolutivas del modelo representativo o “*demorepresentativo*” a nuevas sensibilidades y exigencias de participación activa y control de la sociedad moderna mediante los instrumentos que la tecnología está ensayando en nuestras sociedades tecnológicas.

En efecto no hay razones técnicas por las que no ensayar avances en la estructura electoral, por ejemplo, por la que se diseñen nuevos circuitos electorales en los que el “*Diputado de Distrito*” pueda ser revocado y suplido por reservas mediante determinados números de votos de revocación; someterse a un control más intenso por parte de sus electores mediante fórmulas basadas en redes sociales de *accountability* más precisas y eficientes, sometiendo a un escrutinio público la actividad del representante y pudiendo exigir responsabilidad jurídica a su acción política para la que quizá ya no existe una justificación de que no sea únicamente la responsabilidad política la exclusivamente exigible tras la finalización o expiración de su periodo temporal de mandato mediante la ineficiente como tardía retirada de la confianza para un nuevo periodo electoral de cuatro años.

Otras razones pueden ser ponderadas desde el momento en que las tecnologías hacen posible redefinir las figuras jurídicas que otrora fueron congruentes con momentos históricos dados y facultades técnicas disponibles que hoy

han sido claramente superadas, entre ellas, la posibilidad de renunciar por el elector al secreto del voto en determinadas circunscripciones y con determinadas finalidades, como por ejemplo la local, lo que tendría dos efectos de gran interés científico que ya fueron advertidos por Montesquieu: guía de la elección de los notables, si es que hoy fuese posible encontrarlos, o por Robespierre: como medio de desarrollar un valor cívico. Pero en el ámbito que nos ocupa el voto “*no secreto*” puede tener dos significados distintos, por una parte, hacer el voto electrónico remoto posible ya que el elector puede asegurarse de que nadie ha modificado el signo de su voluntad⁶ y, en segundo lugar, que esa ausencia de secreto transforma la responsabilidad asociada del sufragio. Acontece que el voto secreto desliga al votante del representante, el *voto no secreto* –que no necesariamente quiere decir público- genera responsabilidad al establecer una relación univoca representante-representado genuinamente democrática.⁷ No se debe perder de vista que como recordara atinadamente CARL SCHMITT, (1982: 239) el método del sufragio secreto no es democrático, sino expresión del individualismo liberal, así como también su promotor en el siglo XIX Jeremías Bentham fue un liberal típico, en efecto, la aplicación consecuente de la votación secreta transforma al ciudadano, es decir, a la figura específicamente democrática –*política*- en un hombre o mujer *privados*, que desde la esfera de lo privado –ya sea en sus intereses económicos, religiosos o ambos- manifiesta una opinión privada y emite su voto. El sufragio secreto significa que el ciudadano que vota se encuentra aislado en el momento decisivo. De esa manera se hace imposible la asamblea del pueblo presente y toda especie de aclamación, quedando por completo rota la vinculación entre el pueblo reunido y la votación. El pueblo ya no elige y vota como pueblo. Los métodos de la actual elección popular y de la actual votación popular en la moderna Democracia, no contiene en modo alguno el procedimiento de una verdadera elección popular o verdadera votación popular, sino que organizan un procedimiento de votación *individual* con adición o *suma de votos*. El hecho de la aplicación consecuente –precisa Schmitt- del sufragio secreto, no es democrático porque expulsa al ciudadano individual de la esfera de lo público y lo convierte en hombre privado. Lo anterior es tanto más chocante cuanto que, según la concepción democrática, el ciudadano que vota no es un particular, sino que realiza una *función pública* específicamente en el sistema representativo. Hay que precisar que no modifica esa funcionalización –advertida por Schmitt- el hecho de que para el ciudadano se trate de un dere-

⁶ Ello unido a técnicas de firma electrónica que acrediten el principio de personalidad del voto, sólo así es posible emplear el voto electrónico por Internet.

⁷ Algunas reflexiones sobre el secreto del voto, pueden verse en: Barrat i Steve, Jordi, (2012:1881-1892).

cho público subjetivo, ya que desde la perspectiva del Estado, que es aquí la que nos interesa la construcción de la voluntad jurídica del mismo no puede verse sino como una función propia del proceso electoral en su dimensión de garantía institucional que es en la que el elector se integra como advirtiera LEÓN DUGUIT, (1928: 585-589). Pero según la regulación actual de los métodos del sufragio secreto, se transforma en un particular precisamente en el momento decisivo de emisión del sufragio; el secreto del sufragio es precisamente el punto en el que se produce la transformación, la inflexión podríamos decir y tiene lugar la desviación de la democracia hacia la protección liberal del particular. No le faltaba razón a Schmitt cuando señalaba que quizás se encuentra ahí uno de los *arcana* de la Democracia burguesa. Si bien y como señalara agudamente MAURICE DUVERGUER, (1970:119-123) esto no sería sino la consecuencia natural de la teoría del mandato representativo y de sus presupuestos ontológicos entre los cuales se encontraba proteger los intereses de la burguesía mediante la creación de una oligarquía de representantes. En opinión de PRESNO LINERA, (1991: 106) naturalmente bajo el sistema representativo que aquí consideramos, en un sistema democrático la posibilidad de que los individuos puedan intervenir en el ejercicio del poder no desempeña una mera función de legitimación, sino que sirve para canalizar el flujo de expectativas políticas de la sociedad al Estado, con lo que la comunidad se autodetermina de manera constante y puede decidir el sentido de su orientación política. Lo anterior sería cierto si los partidos políticos recogiesen de la sociedad el flujo de expectativas que señala el citado autor, lo cierto, sin embargo, es que la realidad es por completo distinta, no existe -en líneas generales- tal canalización y los partidos políticos viven de espaldas en muchas ocasiones a la sociedad de la que únicamente y en los periodos electorales de actividad proponen a esa sociedad mediante sus programas electorales, paquetes de opciones programáticas (*el ficticio contrato con los ciudadanos*) carentes por completo de exigibilidad jurídica que constituyen la supuesta contraprestación por recibir la legitimación de los electores en el acto de votación que es un acto meramente técnico de designación como precisara Loewenstein.⁸ Una vez que la elección se ha verificado, prosigue la vida autorreferencial de los partidos con un autismo por lo común de elevada intensidad con respecto a la sociedad y quedando el *soft control* de su actividad política en manos de los medios de comunicación de masas, los cuales cada vez pertenecen de forma más acentuada a grupos económico-políticos que orbitan en las proximidades de los partidos políticos con perturbadores efectos gravitatorios.

⁸ Así lo señala el autor: "Las elecciones sirven, en primer lugar, para que el electorado designe a los detentadores del poder en el gobierno y en el parlamento," Loewenstein, Karl, (1979: 326).

2.2. *Los ciudadanos en una democracia avanzada desean participar*

Como señalara CARRÉ DE MALBERG, (1998: 872-1097), lo que caracteriza al régimen representativo es que en él, el pueblo no tiene la potestad de decidir; el cuerpo electoral es desde luego órgano de creación del Parlamento, pero no órgano de volición; más aún -prosigue el autor- el fin mismo del régimen llamado representativo *es excluir sistemáticamente al pueblo de la potestad de querer o sea de decidir por el Estado y reservarla únicamente a los representantes*. Así pues, en la democracia representativa todos los esfuerzos que pudieran intentarse para que el cuerpo de ciudadanos activos fuese considerado como un órgano primario de voluntad estatal fracasarán ante la infranqueable objeción de que aquí el pueblo se limita a nombrar el órgano encargado de querer. La diferencia jurídica capital que separa estas dos clases de democracia (la directa o pura y la representativa) es que en la democracia pura los elegidos de los ciudadanos (representantes etimológicamente considerados o la única fórmula de representación que Rousseau⁹ consideraba posible) han de expresar la voluntad de estos y, por este motivo, sus decisiones quedan subordinadas, bien sea en cuanto a la iniciativa, bien sea en cuanto a la perfección de la decisión, a una voluntad preponderante, que es la de la asamblea del pueblo. En la democracia representativa, el cuerpo de los elegidos no representa una voluntad anterior ni sus decisiones dependen de una voluntad que domine la suya, sino que crea él mismo la voluntad de la nación (del Estado) por la que está encargado de querer. Y precisamente en esto es un órgano de la nación. Pues -importa observarlo (recuerda el autor)- en realidad únicamente en el caso de la democracia pura es cuando se produce una representación en el sentido ordinario de la palabra.

Carré de Malberg insiste en el estudio del régimen parlamentario, como corrección del sistema representativo, que es verdad que incluso en el sistema parlamentario los electores no pueden imponer un programa obligatorio a sus elegidos en el momento de la elección, ni pedirles cuentas jurídicamente de sus actos en el transcurso o al finalizar la legislatura. Tal como lo entendían Sieyès y Barère, los ciudadanos en el sistema representativo no tienen ninguna participación en la potestad legislativa; la oposición pues entre régimen repre-

⁹ Hay que recordar, no obstante, que el mismo Sieyès señalará: "Pero subrayemos, porque ésta suerte de precisiones deben estar siempre presentes para una cabal comprensión del tema, que la misión dada a los representantes **no puede implicar jamás una alienación**. Esta misión es esencialmente libre, en efecto, pero constantemente revocable y limitada, a voluntad de los comitentes, tanto por lo que se refiere al tiempo, cuanto a la naturaleza de asuntos a tratar". ENMANUEL J. SIEYÈS, (1991: 51-92). *Insiste Sieyès, con los mismos argumentos que se repiten en la sección tercera de la misma obra*, p. 92.

sentativo y democracia consiste esencialmente en que en ésta el ciudadano es legislador y en aquella sólo es elector. Esta es la razón por la que HANS KELSEN, (2002: 509-517) señalaba que desde el momento que las constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo y se convierte en una pura ficción (*inconciliable con la realidad jurídica*). La ficción -continúa Kelsen- presta aquí un eminente servicio de servir de *freno* al proceso ilimitado de la evolución democrática, la cual encuentra su comienzo y su fin, al mismo tiempo, en la introducción del parlamentarismo.

En efecto, se trata de una ficción de aquellas descritas por HANS VAHINGER, (1924: 200-215) y su Filosofía del “*como si*”¹⁰, junto con la pregunta que el filósofo se formulaba: ¿Cómo es posible que lleguemos con ideas falsas a resultados acertados? Si bien, las ideas que podrían aquí considerarse falsas, no necesariamente lo son, sino que representan más bien una desviación técnica interesada de la idea democrática desconocida por una mayoría social, como precisara GEORGE JELLINEK, (2000: 507) que advierte las insuficiencias del modelo con relación a otro modelo del que reivindican facultades de control y responsabilidad que el sistema representativo no satisface en un momento histórico en el que los ciudadanos son conscientes de esas insuficiencias y de lo insatisfactorio de tal modelo en un nuevo marco de participación política deseada.

Lo anterior, a nuestro juicio correcto, debe no obstante equilibrarse o ponderarse con los conocimientos que las ciencias sociales nos han proporcionado en los últimos 50 años sobre lo que de cierto hay en conceptos abstractos y en muchas ocasiones ideales como voluntad general u opinión pública, sería tedioso e infructuoso revisar la extraordinariamente amplia literatura que sobre los tópicos señalados viene produciéndose. A nuestro juicio creemos esencialmente correctas las aportaciones realizadas por JOSEF SCHUMPETER, (1996: 321-342) en el capítulo XXI de su ensayo *Capitalismo, socialismo y democracia* y que recientemente RAFFAELE SIMONE, (2015: 94) sintetiza precisando el impresionante análisis de los límites, las distorsiones y las insuficiencias que hacen insensatos los conceptos de voluntad general y de opinión pública, Schumpeter, en efecto, no reconoce al público idea alguna

¹⁰ Trabajos posteriores de su escuela, fueron los de Rolf Mallachow, así como la obra de Walter Strauch para el que todo el Derecho no es otra cosa que una ficción. Es aquí también relevante la obra de Josef Esser “*Deutsches Recht*”, de 1941, obra en la que Esser distingue varios tipos de ficciones jurídicas.

del bien común, sostiene en el ensayo que “el ciudadano típico se hunde a un nivel inferior de rendimiento mental apenas entra en el campo político. Discute y analiza de un modo que dentro de la esfera de sus intereses reales él mismo reconocería fácilmente como infantil. Vuelve a ser un primitivo. Su pensamiento se convierte en asociativo y afectivo” lo que es congruente con la *racionalidad limitada*¹¹ del ser humano como advirtiera HERBERT A. SIMON, (2006: 52). En consecuencia, su voluntad no madura por la fuerza de opiniones racionales sino que es “una mezcla indeterminada de impulsos vagos, que operan sobre eslóganes recibidos y sobre impresiones erróneas”, para activar esa mezcla basta un hecho imprevisto, la imaginación que se pone en funcionamiento, el prejuicio ideológico o personal circunstancia señalada también por KARL POPPER, (1957: 385)¹²el despecho o el favor, el efecto seductor o repulsivo de una persona o que un grupo pueden inspirar. Podemos reconocer en lo anterior como los modelos de democracia asamblearia informal, recrean algunos de los nefastos efectos señalados por Schumpeter y que se han experimentado, por ejemplo, en España en fenómenos políticos asociativos de escasa articulación como el 15M que se han condenado también a través de las redes sociales posteriormente y de los que han surgido partidos políticos como Podemos.

3. Las nuevas formas de comunicación acarrear nuevas formas de participación y control como el recall

Las nuevas tecnologías de comunicaciones electrónicas posibilitan un mundo de facultades insospechadas que generan muchas dudas pero ofrecen o pueden ofrecer también soluciones nuevas a viejos problemas de forma probablemente más eficiente que las soluciones actualmente en vigor.

Si en las ciencias duras el stock de conocimientos y el stock de tecnología elevan los límites del bienestar humano, pero, de hecho, no determinan por sí

¹¹ Como señalan Simon y buena parte de la escuela económica neoinstitucional que aceptan tal premisa: “Como criaturas de racionalidad limitada incapaces de habérselas con el mundo en toda su complejidad, nos formamos una imagen simplificada del mismo y lo vemos desde nuestro punto de vista organizacional particular, esto es, desde los intereses y objetivos de nuestra organización. En idéntico sentido. O. E. WILLIAMSON, (1989: 10).

¹² No cabe ninguna duda -señala el autor- de que todos somos víctimas de nuestro propio sistema de prejuicios; de que todos consideramos muchas cosas evidentes por sí mismas; de que las aceptamos sin espíritu crítico e incluso con la convicción ingenua y arrogante de que la crítica es completamente superflua; y, desgraciadamente, los hombres de ciencia no hacen excepción a la regla, aun cuando hayan logrado librarse superficialmente de algunos de sus prejuicios en el terreno particular de sus estudios.

mismos la satisfacción humana que se alcanza dentro de esos límites, como recordara DOUGLAS C NORTH, (1994: 31), ese deseable logro en lo que respecta a la participación política democrática depende, en amplia medida, de los programas y actividades políticas de los grupos en los que se divide o agrupan las modernas sociedades digitales y de la forma en que sean capaces de conjugar las opciones posibles con las ideologías en presencia. La participación, por ello, y la forma en la que esa participación se desarrolla es un factor de relevante importancia en las modernas sociedades democráticas. Por lo anterior el rediseño de las instituciones, su modificación cuando proceda, y la imaginación primero y creación después de instituciones que se adapten mejor a las necesidades sociales, debe ser preocupación y tarea de la ciencia constitucional si lo que pretende es servir a valores superiores cuales son los consagrados en las propias constituciones, como en los pactos y convenios internacionales y universales de derechos humanos, en el marco que aquí consideramos de la participación ciudadana mediante nuevas adaptaciones para lograr democracias más responsables y que conciten, por ello, la adhesión a su desempeño de los ciudadanos en aquella vieja pero siempre actual expresión de Lincoln, de gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, expresión tan sencilla de formular como compleja de articular en la práctica sin falsear la correcta intelección y coherencia de sus tres postulados.

Nuestras sociedades democráticas representativas, como hemos señalado, sufren un distanciamiento, un hartazgo cada vez más acentuado y preocupante porque los ciudadanos no se sienten representados en las instituciones lo que genera un preocupante espacio que puede ser ocupado por movimientos populistas orientados a la supresión del sistema democrático.

Instituciones como el “*Recall*”¹³, o la *destitución y reelección de cargos públicos electos*, con una milenaria tradición que puede rastrearse en Grecia con la institución del *ostracismo*¹⁴ y que fue uno de los rasgos más sobresalientes de la vida pública ateniense del siglo V como precisa R.K SINCLAIR,

¹³ CRONIN, THOMAS E, (1989: 125-157).

¹⁴ La ley del ostracismo en Atenas, data del año 510 a. C., fue impuesta por Clístenes y se puso en práctica en el año 487 a. C. como lucha contra la tiranía. Cada año el Demo, decidía en una reunión regular de la Asamblea en la sexta prítania, aproximadamente en enero, si se celebraba una *ostrakophoria* (votación de ostracismo). Si el resultado era afirmativo, la *ostrakophoria* señalada se celebraba en la octava prítania. El ciudadano inscribía en un trozo de vasija rota (*ostrakon*) el nombre de la persona quien deseaba alejar de Atenas. Conseguido el quórum de 6000 personas, el individuo con mayor número de ostrakas contra él debía marcharse al exilio por diez años. Durante las reuniones no se permitía el debate. Sin embargo, el intervalo daba lugar a discusión entre los individuos; es opinable si tal decisión privada llevaría a decisiones más ecuanímes que el debate público en una asamblea. El que se exigieran dos reuniones, significaba que la decisión no se tomaba de forma atropellada. Sinclair, R.K, (1999: 292).

(1999:292). Institución, el *Recall* pensada y querida por EMMANUEL J. SIEYÈS, (1991)¹⁵, para impedir la *alienación* del elector por el representante y que en la actualidad ha llegado a producirse jurídicamente. Siendo un instrumento que en la actualidad¹⁶ se emplea tanto en Europa¹⁷, como en los Estados Unidos¹⁸, en Canadá¹⁹ en Venezuela²⁰ o en Filipinas²¹, encontrándose en

¹⁵ Ver nota 9.

¹⁶ No haremos aquí referencia a la crítica hecha por Marx en sus comentarios a la Comuna de París al mandato libre, ni a las revocatorias de mandato que se incluyó en las sucesivas constituciones soviéticas.

¹⁷ Suiza, prevé la institución del Recall en seis cantones, en los que se exigen los siguientes números de firmas para su activación: Berna (30.000 firmas, que representan el 4% de los ciudadanos mayores de edad); Schaffhausen (1.000 firmas, 2% de los ciudadanos mayores de edad); Solothurn (6.000 firmas, 3% de los ciudadanos mayores de edad); Ticino (15.000 firmas, 7% de los ciudadanos mayores de edad); Thurgau (20.000 firmas, 13% de todos los ciudadanos mayores de edad) y Uri (600 firmas, 3% de los ciudadanos mayores de edad).

¹⁸ Recordemos que la institución del Recall apareció por primera vez en América colonial en las leyes del Tribunal General de la Colonia de la Bahía de Massachusetts en 1631. Con posterioridad y durante la revolución americana los Artículos de la Confederación de 7 de julio de 1778 estipularon que las legislaturas estatales podían destituir a los delegados del congreso continental, en su artículo V. En la actualidad en 19 Estados de los EE.UU., están regulados los procedimientos de Recall, estos son: **Alaska** - Const. Art. 11, § 8; AS §15.45.510-710, 15.60.010, 29.26.250-350. **Arizona** - Const. Art. 8, §1-6; Ariz. Rev. Stat. §19-201 - 19-234. **California** - Const. Art. 2, §13-19; CA Código de Elecciones §11000-11386. **Colorado** - Const. Art. 21; Colorado. Rev. Stat. §1-12-101 - 1-12-122, 23-17-120.5, 31-4-501 - 31-4-505. **Georgia** - Const. Art. 2, § 2.4; Ga. Código §21-4-1 y siguientes. **Idaho** - Const. Art. 6, § 6; Código de Idaho §34-1701 - 34-1715. **Illinois** - Const. Art. 3, § 7. **Kansas** - Const. Art. 4, § 3; KSA §25-4301 - 25 a 4331. **Louisiana** - Const. Art. 10, §26; La. Estadísticas. Ana. § 18: 1300.1 - 18: 1300.17. **Michigan** - Const. Art. 2, § 8; Michigan. Ley de Elecciones §168.951 - 168.975. **Minnesota** - Const. Art. 8, § 6; Minnesota. Stat. Ana. §211C.01 y siguientes. **Montana** - Mont. Code § 2-16-601 - 2-16-635. **Nevada** - Const. Art. 2, § 9; Nev. Rev. Stat. §294A.006, cap. 306, 539,163 a 539,183. **Nueva Jersey** - Const. Art. 1, § 2 (b); NJ Rev. Stat. Ana. § 19: 27A-1 - 19: 27A-18. **Dakota del Norte** - Const. Art. 3, § 1 y 10; Código siglo ND Ann. §16.1-01-09.1, 44-08-21. **Oregon** - Const. Art. 2, § 18; O. Rev. Stat. §249.865 - 249.880. **Rhode Island** - Const. Art. 4, § 1. **Virginia** -. Virginia Código §24.2-233. **Washington** - Const. Art. 1 segundo. 33-34; Wash. Rev. Código §29A.56-110 y siguientes, y **Wisconsin** - Const. Art. 13, § 12; Wis. Stat. Ana. §9.10. Para ver los procedimientos puede verse: <http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>

¹⁹ En la asamblea legislativa de la Columbia Británica (Canadá) se encuentra prevista la facultad de hacer efectivo el Recall de los representantes elegidos.

²⁰ Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato. Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos,

vigor en la actualidad en el Reino Unido bajo la *Recall of MPs Act 2015*, patrocinada por Nick Clegg, The Deputy Prime Minister's Office.²² Diseñado – el proceso- sobre una nueva dimensión electrónica participativa puede ser un instrumento que, conjuntamente con el sufragio electrónico “*no secreto*”, y destinado o aplicado a éste y o a un conjunto de actividades o funciones tasadas o específicas de destitución y reelección como el ejercicio del Recall *virtual*, consideramos que podrían ser quizás instrumentos útiles para revitalizar la democracia representativa *jurídicamente responsable*, en la fase de remoción de los representantes que incurran en conductas tasadas que justifiquen el proceso de revocación. Estas estrategias son piezas de un mecano que debe rearmarse, conjuntamente con la elaboración de listas abiertas en ambas cámaras²³ por parte de los partidos políticos que pueden ser vistos, a nuestro juicio y parafraseando a D.H. Robertson como “*islas de poder consciente en un océano de cooperación inconsciente*” y por ello insustituibles, si bien, dentro de un nuevo marco evolutivo de menor poder y residenciando más su actividad en la sociedad civil que debe ser base de su legitimidad como de su exigencia de responsabilidad y no de su inserción en el Estado como postulan algunas líneas doctrinales de evolución, o de pesadilla, de estos en aquél.

4. *Los partidos políticos han deteriorado la confianza de los ciudadanos en la democracia*

Recordemos NORBERTO BOBBIO, (2003: 505-506) que la concepción original de la democracia no tuvo en cuenta la existencia de los partidos políticos; al contrario, en una de las más firmes defensas de la democracia representativa, la del *Federalista*, y en su número X escrito por J. MADISON, (1994: 35-41) con algún precedente en DAVID HUME, (1994: 22) cuando señalaba que uno de los beneficios de la democracia representativa respecto de la democracia directa estribaba, precisamente, en la mitigación de los efectos más perniciosos de las facciones, es decir, de los partidos, porque el ciudadano, el átomo social, en su independencia e individualidad es puesto en con-

se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley. La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley. Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de 30 de diciembre de 1999.

²¹ Código de Gobierno Local de 1991, RA 7160, Capítulo 5.

²² Puede verse en: <http://services.parliament.uk/bills/2014-15/recallofmps.html>

²³ En los sistemas bicamerales como el Español.

tacto directamente y sin intermediarios con el órgano que detenta el sumo poder de tomar decisiones colectivas obligatorias para toda la sociedad. No obstante, NORBERTO BOBBIO, (2003: 507) recuerda que la democracia representativa, que no podía avanzar sin el progresivo aumento de la participación electoral hasta el límite del sufragio universal, no solamente no eliminó a los partidos, sino los hizo necesarios. El término “partidocracia” refleja la situación en la que quienes toman las decisiones en las actuales democracias representativas no son los representantes en su calidad de libres mandatarios de los electores, sino los partidos mediante la disciplina de un *mandato imperativo* de partido prohibido jurídicamente en España en el número 2 del artículo 67 la Constitución. Estos genuinos cuerpos intermedios, contra los que conscientemente se luchaba, finalmente han sido los que han heredado el sistema representativo y hacen uso de él con relativa discrecionalidad, en buena medida como genuinos *rent seekers* en la línea señalada por GORDON TULLOCK, (1995: 137-146).

Los modelos de democracia deliberativa, asociativa o consociativa chocan con el muro jurídico invisible para los no iniciados, para los ciudadanos que es la independencia jurídica electores-representantes y la obviedad autoevidente para los mismos ciudadanos de la dependencia a su vez nítida y política entre partidos y sus miembros representantes. Repensar los procedimientos de destitución de los representantes y abrir las listas de los partidos políticos, son técnicas al servicio de una misma idea, atemperar el poder de los partidos sobre sus miembros representantes. La confianza y la desconfianza como señala WOLFGAN BOCKENFORDE, (2000: 147-152) puede ser un buen ejemplo en el que articular el debate, se traduce en el *recall* en una limitación temporal del ejercicio del “*cargo*” que es una forma de control del poder y esa actividad de control es netamente jurídica. Los mecanismos técnicos o los procedimientos electrónicos pueden jugar un renovado papel, al ser vectores no necesariamente únicos pero quizá sí suficientemente eficientes para articular los procesos previos de debate, reflexión pública, reunión de las firmas de destitución –lo que exige que el proceso no sea secreto y sea realizado mediante métodos de firma electrónica- todo ello rodeado de una regulación que determine los plazos, formas, modos, métodos y condiciones de ejercicio y que no requieren como hemos visto una extrema imaginación, sino adaptar los procedimientos ya existentes a las exigencias sentidas por cada comunidad política nacional con la finalidad de restaurar la confianza perdida o al menos erosionada por un sistema que, aun cuando necesario, su funcionamiento se ha apartado de las justificaciones que le dieron origen con una captura por los partidos políticos de los representantes y con escaso control y responsabilidad por parte de los electores que ha deteriorado gravemente el respeto por el

procedimiento democrático lo que supone, en todo caso una relativización evidente de la normatividad de la Constitución como ya advirtiera WERNER KAGI, (2005: 54-72) porque en el fondo los valores superiores y fundamentales que son la esencia del programa Constitucional quedan afectados por la pérdida de *confianza* de los ciudadanos en las instituciones participativas. BENJAMIN CONSTANT, (2010: 116) no podía ser más preciso cuando advirtiera que cuando el pueblo cree en su Constitución mira a la misma como un todo indivisible, y cuando los roces ocasionados por las faltas de ésta lo hieren, se aleja de ella en su totalidad. En vez de dirigir su descontento contra ciertas partes cuya mejora podría esperar, lo dirige contra el conjunto, al que mira como incorregible y transforma en terreno propicio para el surgimiento de los populismos agresivos que, en la actualidad, y merced a nuevos instrumentos tecnológicos como las redes sociales, son capaces de erosionar y polarizar a la sociedad en formas muy peligrosas y en muy diversas dimensiones: desde la creación y difusión de noticias falsas o *fake news* destinadas a generar confusión y enardecer a públicos altamente polarizados, a irrumpir con fuerza en las nuevas campañas electorales cognitivas que se dirigen a explotar de forma extraordinariamente granular los sesgos o tendencias de millones de electores con mensajes electrónicos de propaganda política conductual adaptativa a la respuesta del “blanco” electoral, es decir, del votante mediante una inmensa información sobre los ciudadanos que empieza a articularse mediante técnicas como el Big Data que transforman esa información desagregada de millones de individuos en conocimiento articulado y preciso sobre cada individuo y al servicio de las campañas electorales virtuales desarrolladas por los partidos políticos, si el legislador no comienza a prever las capacidades de la propaganda electoral virtual en los ya próximos escenarios virtuales y su inmensa capacidad disruptiva.

Bibliografía

ARROW Keneth, en: MUELLER, Dennis C, (1984) “*Elección pública*”, Alianza Universidad, Madrid, p. 50-51.

BARRAT i STEVE, Jordi, (2012) “El secreto del voto a debate”, en “*Constitución y democracia: Ayer y hoy*”, Libro homenaje a Antonio Torres del Moral, Universitat, Madrid, Vol., II, p. 1881-1892.

BUCHANAN, James M y GORDON Tullock, (1995) “*Derechos de propiedad y Democracia*”, Colegio de Economistas de Madrid-Celeste Ediciones, Madrid, p. 137-146.

BOCKENFORDE, Wolfgang, (2000) “*Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia*”, Trotta, Madrid, p. 147-152.

BOBBIO, Norberto, (2003) “*Teoría General de la Política*”, Trotta, Madrid, p. 505-506.

CARRÉ DE MALBERG, R (1998) “*Teoría General del Estado*”, FCE, México, p. 872-1097.

CONSTANT, Benjamin, (2010) “*Principios de política aplicable a todos los gobiernos*” Capítulo III, Condiciones necesarias para que las Constituciones no sean violadas, Katz, Madrid, p. 116.

CRONIN, Thomas E, (1989) “*Direct Democracy. The Politics of Initiative, Referendum and Recall*” Harvard University Press.

DUGUIT, Leon, (1928) “*Traite de Droit Constitutionnel*” (2ª y 3ª edición, Paris, Edit. De Brocard Sue, 5 vol., 1928, reedición actual de Cujas), Tomo I, p. 585-589.

DUVERGUER, Maurice, (1951) “*Les Patis Politiques*”, A. Colin, Paris, p. 463.

- (1970) “*Instituciones políticas y derecho constitucional*”, Ariel, Barcelona, p. 119-123.

ENMANUEL J. Sieyes, (1991) Ideas sobre los medios de actuación que podrán disponer los representantes de Francia en 1789. (Primera sección), en: “*El Tercer Estado y otros escritos de 1789*”, Austral, Madrid.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, Luis Miguel, (2015) “*Redes sociales, instrumentos de participación democrática. Análisis de las tecnologías implicadas y nuevas tendencias*”, Dykinson, Madrid.

GRETCHEN HELMKE, y STEVEN LEVITSKY, (2004) “*Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda*”, *Perspectives on Politics*, Diciembre, Vol. 2/No. 4.

HAMILTON, A, J. MADISON, HAMILTON A Y J. JAY, (1994) “*El Federalista*”, FCE, México, p. 35-41.

HUME, David, (1994) “*Ensayos Políticos*”, Tecnos, Madrid, p.22.

- H. A SIMON, (2006) “*Las ciencias de lo artificial*”, Comares, Granada, p.52.
- JELLINEK, George, (2000) “*Teoría General del Estado*”, FCE, México, p. 507.
- KAGI, Werner, (2005) “*La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*”, Dykinson, Madrid, p. 54-72.
- KELSEN, Hans, (1995) “*Teoría general del derecho y del Estado*”, UNAM, México, p. 343-344.
- (2002) “*Teoría General del Estado*”, Comares, Granada, p. 509-517.
- K. R. POPPER, (1957) “*La sociedad abierta y sus enemigos*”, Paidós. Barcelona, p. 385.
- LEIBHOLZ, GERHARD, “Representación e identidad” en *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958, p. 88-111.
- LOEWENSTEIN, Karl, (1976) “*Teoría de la Constitución*” 2ª Ed, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, p. 70.
- LUHMANN, Niklas, (1996) “*Confianza*”, Anthropos, Barcelona.
- MORGAN, Edmund S, (2006) “*La invención del Pueblo. El surgimiento de la Soberanía popular en Inglaterra y los Estados Unidos*”, Siglo veintiuno editores, Argentina, p. 13-16.
- NORTH, Douglas C, (1994) “*Estructura y cambio en la historia económica*”, Alianza, Madrid, p. 31.
- OFFE Claus, en Goodin, Robert E, (2003) (comp), “*Teoría del diseño Institucional*”, Gedisa, Barcelona, 251-282.
- O. E. WILLIAMSON, (1989) “*Las instituciones económicas del capitalismo*”, FCE, México.
- OLIN Wright, Erik, (2014) “*Construyendo utopías reales*”, Akal, Madrid, p.166-177.
- PETERS, Guy B, (2003) “*El nuevo Institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*” Gedisa, Barcelona, p.79.
- PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL, (1991) “*El derecho de voto*”, Tecnos, Madrid, p. 109.
- RAYMOND CARRÉ DE MALBERG, (1998) “*Teoría General del Estado*”, FCE, México.
- SARTORI, Giovanni, (2007) “*¿Qué es la democracia*”, Taurus, Madrid, p. 146.
- SEARLE, John, (2014) “*Creando el mundo social. La estructura de la civilización humana*”, Paidós, México.
- SCHMITT, Carl (1982) “*Teoría de la Constitución*”, Alianza Universidad, Madrid, p. 239.
- SCHUMPETER, J.A, (1996) “*Capitalismo, Socialismo y Democracia*”, Tomo II, Folio, Barcelona, p. 321-342.

SIMONE, Raffaele, (2015) “*El bada democrática. Cómo la democracia fracasa*”, Taurus, Barcelona, p. 94.

SINCLAIR, R.K, (1999) “*Democracia y participación en Atenas*”, Alianza Editorial, Madrid, p. 292.

VAIHINGER, Hans, (1924) “*The Philosophy of “As if” A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*”, Routledge & Kegan Paul Ltd, London, p. 200-215.

LE DINAMICHE DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA
TRA INTERESSE GENERALE,
PLURALISMI E PARTICULARISMI

*Luca Buscema**

SOMMARIO: 1. Note minime in tema di autorità e libertà. – 2.- La rappresentanza politica tra interesse generale e particolarismi. – Riferimenti bibliografici.

1. Note minime in tema di autorità e libertà

La storia della genesi e dello sviluppo delle istituzioni politiche (di matrice democratica) ruota attorno al difficile equilibrio intercorrente tra autorità e libertà, tra esercizio del potere sovrano e possibilità di sottrazione dal potere coercitivo (arbitrario).

“La loro correlazione ha dato vita ed animato un lungo e mai concluso processo di ricerca della migliore coesistenza, nel tentativo di costituire equilibri politici, giuridici e sociali sufficientemente stabili, anche se sempre relativi ed in continua evoluzione” (Martinelli, 2011: 4).

In questa direzione, in passato, si è giunti addirittura a sostenere l'impossibilità di garantire l'immanenza di un particolare assetto politico/costituzionale, quale che sia il lato verso il quale penda l'ago della bilancia indicativo della consistenza assiologica e dell'effettività, storicamente determinata, dei diritti di libertà; monarchia, aristocrazia e democrazia, infatti, pur caratterizzandosi per presupposti e connotati differenti, si contraddistinguerebbero, in ogni caso, per ontologica instabilità che ne determinerebbe, quasi di necessità, il loro (inevitabile) decadimento¹ (Mazziotti Di Celso, 1985: 166-167).

In un siffatto contesto, l'unica possibilità di conservare e preservare le libertà si rinviene nella prevenzione e moderazione del conflitto sociale e nella predisposizione di un modello di partecipazione alla gestione della cosa pubblica che garantisca legittimi canali di manifestazione di bisogni ed esigenze corrispondenti alle diverse componenti sociali della comunità.

* Università degli Studi di Messina.

¹ Invero, secondo HELD “la monarchia tende a trasformarsi in tirannia, l'aristocrazia in oligarchia e la democrazia sfocia nell'anarchia, che poi si trasforma ancora in una monarchia” (1997: 76).

Per tale via, il potere sovrano deve ricavare la propria patente di legittimazione dalla delega rimessa dai singoli per fini determinati e limitati, capaci così di perimetrare entità e consistenza delle attribuzioni conferite entro una cornice di stretta legalità in cui la base assiologica del suo esercizio va ricercata nel consenso dei cittadini espresso nei confronti dell'autorità pubblica cui essi decidono di sottomettersi in vista della tutela dei propri inalienabili (tali anche nei confronti dello stesso Stato) diritti di libertà.

In questa direzione, “catalogo dei diritti e principi sull'organizzazione dei poteri non costituiscono due parti distinte della Costituzione bensì due profili connessi, in quanto uno è relativo al riconoscimento dei diritti individuali e gli altri concernono la predisposizione di idonee garanzie, istituzionali e giurisdizionali” (Rolla, 2010: 192).

Per l'effetto, all'interno delle moderne democrazie, si assiste alla codificazione delle libertà fondamentali dell'individuo, connotate da una “una vocazione giuridica universale” (Dickman, 2008: 18), capace di sintetizzare i valori propri di una collettività unita da un sentimento indissolubile di identità incentrato sulla tutela della persona.

Valori e principi che, seppur intoccabili nella loro essenza, si misurano, storicamente, con l'evoluzione della società e con la conseguente emersione di nuovi bisogni ed interessi.

I diritti fondamentali divengono così “l'espressione di un ordinamento libero già realizzatosi e, allo stesso tempo, costituiscono il presupposto affinché questo ordinamento si ricostituisca continuamente tramite l'esercizio individuale delle libertà da parte di tutti” (Haberle, 1993: 39).

Naturalmente, però, i diritti non possono vivere autonomamente senza un'autorità che li riconosca, moderi, distribuisca e protegga mediante la predisposizione di adeguati strumenti di tutela e valorizzazione sulla cui certezza il cittadino possa sempre contare (Prisco, 2003: 238).

In tal contesto, all'interno di una moderna democrazia, riveste un ruolo centrale il Parlamento² (Rossano, 2006: 184; Meloncelli, 2005: 250; Pizzorusso, 1981: 242), “sede della rappresentanza politica nella quale... converge la pluralità degli interessi popolari, che ne fondano la capacità propulsiva come centro prevalente di creazione normativa” (Arcidiacono, Carullo, Rizza, 2005: 259), ossia della formazione dei processi politici e di determinazione della direzione politica dello Stato (Martines, 1998: 196).

² Invero, “il Parlamento è un'istituzione che si afferma negli Stati moderni parallelamente al delinearsi dei diritti del cittadino ed al declino del potere assoluto del re. L'origine del Parlamento è, però, molto più antica. Essa risale, infatti, all'organizzazione feudale” (CASSESE, BATTINI, FRANCHINI, PEREZ, VESPERINI, 2001: 196; ITALIA, 2004: 61).

2. *La rappresentanza politica tra interesse generale e particolarismi*

Il tema della rappresentanza politica degli interessi (Vignudelli, 1997: 159 ss.; Spagna Musso, 1979: 160 ss.), fenomeno di rappresentazione simbolica di bisogni ed esigenze, ideali e valori, aspirazioni ed aspettative, dalla cui sintesi e combinazione ben può scaturire un effetto di mediazione politica del conflitto sociale, costituisce, di certo, una materia delicata, contraddistinta da una spiccata valenza assiologica, in cui si racchiude l'essenza della sovranità popolare (Pizzorusso, 1981: 93) esercitata mediante il ricorso a strumenti di democrazia rappresentativa³.

Invero, all'interno di una società pluralista, si osserva, solo un'astrazione ideale permette di ritenere esistente una comunità perfettamente omogenea rispetto alla quale la politica riesca a sintetizzare e racchiudere (oltre che a perseguire e promuovere) l'interesse (realmente) generale riferibile all'intera collettività (Colavitti, 2001: 166 ss.).

Diversamente, i forti tratti di disomogeneità culturale, economica, sociale, religiosa e, più in generale, di valori (Colavitti, 2001: 169 ss.), comportano, di necessità, la configurazione di una dimensione (*rectius*: di più e diverse dimensioni) della politica correlata ad una rappresentanza di interessi parziari e frazionari⁴.

Così, se, da un lato, si ritiene che il pluralismo di idee e valori (e la promozione del principio di tolleranza ad essi connaturato) sia una ricchezza, fonte inesauribile di crescita civile e sociale di un popolo, capace di stimolare il rapporto dialettico tra i diversi centri esponenziali secondo regole di confronto democratico, dall'altro lato, invece, emerge un'istanza di senso contrario, volta a perseguire una "necessaria" riduzione ad omogeneità della pluralità in vista del perseguimento di un unico (e solo) interesse riferibile alla generalità dei

³ In tal senso, "il popolo è secondo la costituzione non già il destinatario di una sovranità ad esso fondamentalmente estranea, ma è questa stessa sovranità e costituisce la sede o la fonte del formarsi dell'ordine giuridico, nel quale poi si rispecchia" (BERTI, 1994: 99).

⁴ "La varietà degli interessi presenti nelle società pluralistiche e il loro mutevole aggregarsi e disgregarsi incidono sul modo di essere delle democrazie pluraliste...In questo quadro, venendo progressivamente meno la possibilità di individuare e curare l'interesse generale...si frantuma la stessa mediazione politica e conseguentemente la determinazione degli interessi assunti come pubblici" (CARLASSARE, 2001: 41). Invero, "oggi non esiste un'unica volontà della Nazione, un supremo bene comune, un interesse generale "metapolitico" su cui converge l'intera collettività, senza distinzioni (di ceto, di opinione politica, di nazionalità, di religione, di etnia, ecc.), ma tante loro visioni antagoniste, non necessariamente – né forse più – di classe, quanti sono i partiti che se ne fanno promotori, dal cui confronto dialettico e democratico scaturisce l'indirizzo politico statale" (CURRERI, 2004: 75).

consociati, ovvero ad una unità indivisibile⁵, “totalità che abbraccia «l’eredità delle generazioni passate» e comprende «in nuce» la vita di quelle future” (Colavitti, 2001: 176).

In tal contesto, riecheggiano le parole pronunciate da Edmond Burke nel noto *Speech to the Electors of Bristol* del 03 novembre 1774:

“Parliament is not a congress of ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates; but parliament is a deliberative assembly of one nation, with one interest, that of the whole; where, not local purposes, not local prejudices, ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole”.

Indubbiamente, va detto, il numero, la consistenza, la natura e la complessità degli interessi presenti in seno ad una moderna società sono, in astratto ed a priori, indeterminati, così come si dimostrano fluidi i criteri di composizione delle diverse antinomie, di certo non applicabili indistintamente ed uniformemente con riguardo a tutte le epoche, ma commisurati al particolare momento storico di riferimento (Colavitti, 2001: 146).

Ne deriva che molteplici possono essere le modalità di esternazione e di soddisfacimento dei diversi interessi riferibili a differenti gruppi la cui presenza può essere istituzionalizzata mediante la previsione di apposite sedi di dibattito e/o discussione, ovvero racchiusa nel quadro di un sistema di rappresentanza che postuli adeguati momenti di consultazione, concertazione e negoziazione in vista della valorizzazione delle esigenze prospettate (De Vergotini, 1993: 292).

Così intesa, la rappresentanza politica sarebbe contraddistinta: a) dal carattere del tutto indeterminabile a priori dell’ambito in cui dovrebbe svolgersi l’attività del rappresentante, dato il carattere libero e generale del mandato rappresentativo; b) dalla genericità dei fini cui è diretta l’attività del rappresentante; c) dalla natura politica degli interessi che il rappresentante sarebbe chiamato a curare (Carlassare, 2001: 26).

In tal contesto, si osserva, all’interno di uno Stato unitario (tale non solo in senso geografico o burocratico, ma, in primo luogo, in conseguenza della comunanza di valori civili e sociali che legano, tra loro, i cittadini)⁶, ciascun

⁵ In realtà, “l’unità appare semmai come un modo per occultare le differenze dietro una finzione che consente il massimo svincolo del potere dalla base sociale e la massima libertà a chi lo gestisce, senza responsabilità o vincoli” (CARLASSARE, 2001: 39).

⁶ Invero, il tema della rappresentanza politica degli interessi ormai travalica i confini nazionali per sfociare entro un ambito (politico e territoriale) maggiormente ampio e complesso in

membro dell'assemblea elettiva è chiamato a rappresentare la Nazione⁷, espressione della "comunione di valori collettivi" (Cerri, 2009: 108), dovendo ispirare la propria azione politica al perseguimento dell'interesse generale (Curreri, 2004: 19) in ossequio al principio di fedeltà alle istituzioni repubblicane⁸.

Di conseguenza, non è l'assetto di interessi radicati in seno alla singola circoscrizione elettorale da cui il rappresentante promana a dover essere promosso, bensì, in ambito nazionale, è il coacervo di valori riferibili alla generalità dei consociati che va difeso e adeguatamente valorizzato⁹.

riferimento al quale si assiste ad una progressiva implementazione delle cause della disaffezione dei cittadini avvertita nei confronti della politica. Ciò, emerge con nettezza in riferimento al processo di cessione di una frazione della sovranità nazionale in favore dell'Unione Europea, da sempre fortemente criticata a causa del presunto deficit di democraticità delle sue Istituzioni, che ha ingenerato perplessità in merito alla immanenza di un'identità propria di ciascuno dei popoli interessati dal fenomeno della "comunitarizzazione" degli ordinamenti interni sviluppato in misura e secondo modalità non sempre confacenti ai tratti caratteristici propri dei moderni sistemi democratici incentrati sulla rappresentanza politica degli interessi. (In merito v., *ex multis*: PIZZOLATO, 2013: 371 ss.; FERRARO, 2011: 727 ss.; PIRODDI, 2011: 801 ss.; CANNIZZARO, 2000: 241 ss.). Circa il tema della separazione verticale dei poteri a fronte di cessioni di frazioni di sovranità in favore di organizzazione internazionali, v. ELIA, BUSIA, 1999: 74 ss.

⁷ Siffatto principio, scolpito attualmente all'interno dell'art. 67 della Costituzione, in realtà, risultava già codificato in seno all'art. 41 dello Statuto Albertino ove era possibile postulare la rappresentanza della "Nazione in generale e non le sole provincie in cui - i deputati - furono eletti" (PALADIN, 1991: 316; MORTATI, 1986: 180; VIRGA, 1979: 148). Invero, all'interno dello Stato liberale, si riteneva che la sovranità risiedesse nella nazione, "entità giuridica unitaria che si considerava comprensiva dell'insieme dei cittadini... Tuttavia la nazione non veniva giudicata idonea ad esercitare direttamente il potere, che era pertanto affidato in concreto ai suoi organi rappresentativi. La rappresentanza politica si manifestava essenzialmente tramite elezione di un'assemblea cui i cittadini componenti la nazione concorrevano al verificarsi di determinate scadenze, esaurendo il loro ruolo attivo al momento dell'atto elettorale" (DE VERGOTTINI, 1997: 436). In quel contesto, "la rappresentanza politica poteva essere concepita come nazionale o generale perché esisteva (o si pensava esistesse) un orizzonte generale, dove comuni principi valevano (o si pensava valessero) per tutti" (ZANON, 2001: 687). Invero, "questa rappresentanza generale è stata intesa talvolta come riferibile non al popolo ma alla nazione, all'insieme indivisibile, cioè, di trapassati, viventi e nascituri, che trascende gli interessi concreti ed attuali; è stata intesa, cioè, in un senso che avalla una sovranità nazionale distinta da quella popolare" (CERRI, 2009: 213).

⁸ Invero, in passato, una parte della dottrina si era preoccupata della necessità di verificare se "l'obbligo di fedeltà alla costituzione potesse trasformarsi in una sostanziale funzionalizzazione del mandato parlamentare, dal quale dedurre l'inammissibilità di certi atti o comportamenti parlamentari, non solo in quanto contrari ai valori costituzionalmente sanciti, ma addirittura in quanto non positivamente destinati a realizzarli" (ZANON, 1991: 207).

⁹ È pur vero, però, che la determinazione dell'estensione dei collegi e delle circoscrizioni elettorali, al pari dell'individuazione della formula afferente alla trasformazione dei voti espressi in seggi, contribuisce a condizionare l'effettiva corrispondenza della volontà popolare rispetto

Naturalmente, è noto che ciascun parlamentare svolga, anche solo mediamente, la funzione di cassa di risonanza dei c.d. interessi zonali, riferibili, cioè, al collegio elettorale di appartenenza¹⁰; al contempo, però, pur non essendo di certo vietato (ed anzi ritenuto, entro determinati limiti, fisiologico), avere cura delle istanze e dei bisogni espressi all'interno del proprio bacino elettorale¹¹, ciononostante si ritiene che l'interesse nazionale (o generale) debba comunque prevalere, in caso di contrasto, rispetto a quello localistico e/o particolare¹².

Vale la pena evidenziare, cioè, sotto tale profilo, come non sia, di per sé solo, il collegamento fiduciario tra il singolo parlamentare e la componente sociale di estrazione a costituire un attentato alla integrità dell'interesse nazionale o generale, bensì la distorsione del suddetto rapporto perpetrata median-

alle risultanze della consultazione elettorale. Invero, collegio e circoscrizione elettorale sembrano rappresentare, pur nella loro diversità ontologica, le due facce di una stessa medaglia; con l'accezione collegio elettorale, infatti, si rinvia ad una nozione per così dire demografica, afferente, cioè, alla comunità sociale chiamata ad esercitare il diritto di voto in occasione delle consultazioni elettorali, mentre la circoscrizione contribuisce a delimitare l'area geografica entro cui risiedono gli elettori. Onde non frustrare la più intima essenza del modello democratico di rappresentanza politica, appare necessario garantire che la concreta determinazione della consistenza dei collegi e delle circoscrizioni elettorali sia il frutto di una ponderata valutazione alla luce di criteri che garantiscano una tendenziale omogeneità tra le diverse partizioni del territorio nazionale (ovvero dell'ente pubblico territoriale inferiore in caso di consultazioni elettorali amministrative) cui attribuire un determinato numero di rappresentanti. Invero, siffatta omogeneità va ricercata su di un duplice piano; da un lato, deve tendenzialmente essere soddisfatta un'esigenza di equivalenza, sotto il profilo numerico, dei diversi collegi elettorali talché la (similare) consistenza demografica dei diversi collegi di necessità implicherà una differente estensione delle circoscrizioni in ragione del tasso di densità abitativa delle diverse aree del Paese; dall'altro lato, poi, sarà comunque necessario attendere ad una determinazione delle circoscrizioni che soddisfi esigenze di omogeneità sotto il profilo socio-economico.

¹⁰ La valenza localistica degli interessi curati in seno al Parlamento ben può emergere, del resto, anche dagli atti di sindacato ispettivo (interpellanze, interrogazioni) strumentalmente impiegati in vista di accertare e/o censurare la condotta o la politica degli enti pubblici territoriali in luogo di quella imputabile al governo nazionale (CARETTI, MORISI, 2006: 176-234).

¹¹ "La rappresentanza nazionale naturalmente non impedisce al parlamentare di farsi interprete in Parlamento di interessi, di bisogni, di aspirazioni di carattere locale; essa esige però che tali interessi particolari vengano valutati nel quadro degli interessi generali della nazione" (VIRGA, 1979: 148), "i quali dovranno, o dovrebbero, in caso di contrasto, prevalere su quelli localistici o particolari" (ZANON, 2001: 683).

¹² "Il parlamentare non deve agire solo come il rappresentante di un determinato collegio o circoscrizione elettorale, cioè di una parte sola del territorio; naturalmente non gli è vietato tenere nel debito conto le esigenze e gli interessi dei suoi elettori, ma il senso del principio è che egli dovrà agire, in primo luogo, in vista del soddisfacimento di quelli che egli stesso ritiene essere gli interessi generali, i quali dovranno, o dovrebbero, in caso di contrasto, prevalere su quelli localistici e particolari" (ZANON, 2001: 131).

te la sistematica disattenzione del ruolo rivestito dal soggetto istituzionalmente deputato a rappresentare la Nazione, in luogo della predilezione di interessi egoistici e/o particolari, in ossequio ad “un impegno patriottico volto unicamente a soddisfare le esigenze della comunità” (Colavitti, 2001: 149).

È certo vero, ovviamente, che è proprio grazie alla correlazione, diretta ed immediata, tra il singolo deputato ed il collegio elettorale di appartenenza che è possibile che interessi, anche localistici, possano trovare spazio all'interno di una dimensione di più ampio respiro ed è altrettanto vero come, di per sé, ciò non si traduca, di necessità, in un *vulnus* alla funzione parlamentare¹³; anzi, si osserva, in alcuni casi, la sovrapposizione, in concreto, di interessi riferibili a comunità territoriali differenti ben può essere realmente armonizzata proprio solo in ragione di un'opera di selezione e commisurazione condotta a livello centrale¹⁴, previa acquisizione, naturalmente, di tutte le diverse prospettazioni, riferibili ai diversi centri di imputazione di interessi coinvolti, della questione affrontata e dei valori di fondo ad essa connessi.

La natura zonale dell'interesse riconducibile alla singola circoscrizione, isolatamente considerata, quindi, non si pone, inevitabilmente, in contrasto con il superiore interesse generale, bensì, alla luce di un'attività di bilanciamento e contenimento, ben può rappresentare un parametro ulteriore cui orientare e conformare, secondo ragionevolezza e proporzionalità, l'azione di governo.

In quest'ottica, ancora oggi, sembra permanere viva ed attuale la centralità del Parlamento nazionale ove “l'insieme di aspirazioni, di tendenze, di sentimenti, e di interessi che si suole chiamare volontà popolare, più direttamente si esprime” (Mazziotti di Celso, Salerno, 2003: 296).

Riferimenti bibliografici

ARCIDIACONO, Luigi - CARULLO, Antonio - RIZZA, Giovanni (2005). *Diritto Costituzionale*. Bologna: Monduzzi.

¹³ “Naturalmente, questo non dovrebbe significare che se nell'esercizio del mandato il parlamentare si faccia carico anche di interessi particolari, incrementando il proprio collegamento fiduciario con frazioni del corpo elettorale, con *lobbies*, con gruppi di pressione, si avrebbe per ciò solo una violazione del principio della rappresentanza nazionale” (ZANON 2001: 132).

¹⁴ Va da sé che l'interesse collettivo non sia “la semplice giustapposizione degli interessi individuali, concepiti dal punto di vista angusto di ciascuno, ma è piuttosto una specie di fusione di tali interessi; ora, fondere e giustapporre sono due cose tutt'affatto diverse” (COLAVITTI 2001: 165).

BERTI, Giorgio (1994). *Manuale di interpretazione costituzionale*. Padova: Cedam.

CARETTI, Paolo – MORISI, Massimo (2006). *Rappresentanza politica e sindacato ispettivo nel Parlamento italiano*, in Aa.Vv. *Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari*. Quaderno n. 16. Seminario 2005. Torino: Giappichelli, p. 139-234.

CARLASSARE, Lorenza (2001). *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in ZANON, Nicolò – BIONDI, Francesca (a cura di). *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano: Giuffrè, p. 21-64.

CASSESE, Sabino – BATTINI, Stefano - FRANCHINI, Claudio - PEREZ, Rita - VESPERINI, Giulio (2001). *Manuale di Diritto pubblico*. Milano: Giuffrè.

CERRI, Augusto (2009). *Istituzioni di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè.

COLAVITTI, Giuseppe (2001). *La rappresentanza di interessi tra vertretung e representation*, in ZANON, Nicolò – BIONDI, Francesca (a cura di). *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano: Giuffrè, p. 145-188.

CURRERI, Salvatore (2004). *Democrazia e rappresentanza politica*. Firenze: Firenze University Press.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (1993). *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam.

DICKMAN, Renzo (2008). *Democrazia rappresentativa e costituzionalismo per una costituzione universale dei diritti e delle libertà*, www.federalismi.it, p. 1-45.

HABERLE, Peter (1993). *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. Roma: Carocci.

HELD, David (1997). *Modelli di democrazia*. Bologna: Il Mulino.

MARTINELLI, Claudio (2011). *Le radici del costituzionalismo*. Torino: Giappichelli.

MARTINES, Temistocle (a cura di SILVESTRI, Gaetano) (1998). *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè.

MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio (1985). *Lezioni di diritto costituzionale*. Parte I. Milano: Giuffrè.

MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio – SALERNO, Giulio (2003). *Manuale di diritto costituzionale*. Padova: Cedam.

MELONCELLI, Achille (2005). *Manuale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè.

MORTATI, Costantino (1986). *Art. 67*, in BRANCA, Giuseppe (a cura di) *Commentario della Costituzione*. Bologna: Zanichelli, p. 179-184.

MORTATI, Costantino (1958). *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: Cedam.

ORTINO, Sergio (1993). *Introduzione al diritto costituzionale federativo*. Torino: Giappichelli.

PALADIN, Livio (1991). *Diritto costituzionale*. Padova: Cedam.

PIZZORUSSO, Alessandro (1981). *Lezioni di diritto costituzionale*. Roma: Il Foro italiano.

PRISCO, Salvatore (2003). *Ruolo e prospettive del difensore civico*, in D'ALOIA Antonio (a cura di) *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*. Milano: Giuffrè, p. 235-263

ROLLA, Giancarlo (2010). *Elementi di diritto costituzionale comparato*. Milano: Giuffrè.

ROLLA, Giancarlo (2004). *Le basi del diritto pubblico italiano*. Torino: Giappichelli.

ROSSANO, Claudio (2006). *Manuale di diritto pubblico*. Napoli: Jovene.

SPAGNA MUSSO, Enrico (1979). *Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam.

VIGNUDELLI, Aljs, (1997). *Diritto costituzionale. Prolegomeni. Principi. Dinamiche*. Torino: Giappichelli.

VIRGA, Pietro (1979). *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè.

ZANON, Nicolò (2001). *Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti*, in ZANON, Nicolò – BIONDI, Francesca (a cura di). *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano: Giuffrè p. 131-144.

ZANON, Nicolò (2001). *La rappresentanza della nazione e il libero mandato parlamentare*, in VIOLANTE, Luciano (a cura di), *Storia d'Italia – Annali – Il Parlamento*, 17. Torino: Einaudi.

ZANON, Nicolò (1991). *Il libero mandato parlamentare*. Milano: Giuffrè.

LOS INSTRUMENTOS PARTICIPATIVOS COMO PROPUESTA
DE SOLUCIÓN A LA DESAFECCIÓN CIUDADANA
EN LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS
Y SUS REPRESENTANTES POLÍTICOS

*M. Olaya Godoy**

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. – 2. La democracia participativa y el derecho de iniciativa de los ciudadanos en el ámbito de la Unión Europea. – 3. El impulso a los instrumentos participativos como recurso para promover un cambio político-institucional en la Unión Europea. – 3.1. Los Grupos de Interés. – 3.2. Los Movimientos Sociales. – 3.3. El Diálogo Civil y el Diálogo Social – 3.4. Los Foros de Debate. – 3.5. La interacción con el Parlamento Europeo. – 3.6. La interacción con la Comisión Europea. – 3.7. La interacción con otras instituciones de la Unión Europea. 3.8 Valoración crítica. – 4. La Iniciativa Ciudadana Europea (ICE): ¿una oportunidad para combatir la desafección ciudadana y afianzar la democracia participativa en el seno de la Unión Europea? – 4.1. Antecedentes y proceso de configuración. – 4.2. Régimen jurídico. – 4.3. Control político: luces y sombras de la pieza clave para consolidar la democracia participativa. – 5. Conclusión final. Referencias bibliográficas.

1. *Consideraciones previas*

El concepto moderno de democracia está basado en la idea de soberanía popular, que exige que las acciones políticas estén legitimadas por los ciudadanos. En consonancia, se puede definir la “democracia directa” como la intervención de los ciudadanos en la adopción de decisiones políticas sin intermediarios¹. En el ámbito de la Ciencia Política coexisten dos posiciones muy polarizadas respecto al papel que ocupa la democracia directa en el contexto de la democracia representativa propia del espacio político europeo (BÁEZ LECHUGA, 2016:158). Por una parte, se defiende que cualquier tipo de democracia directa socava el sistema de democracia representativa (PRESNO LINERA, 2014:72); y, por otra parte, se argumenta que la democracia representativa es insuficiente e incapaz de reflejar la voluntad de los ciudadanos y, en consecuencia, la democracia directa opera como un

* Prof. Interina de la Universidad de Extremadura

¹ Son instrumentos de “democracia participativa” el referéndum, la iniciativa ciudadana, la agenda de iniciativa y el voto de retirada o de dimisión.

complemento necesario para solventar esos defectos (LIZCANO FERNÁNDEZ, 2009:125).

El concepto de democracia directa no es novedoso², sin embargo no se popularizó hasta la década de los 60 de la pasada centuria, momento a partir del cual se fueron generalizando distintas formas de participación política³. Esta circunstancia devino como resultado de un progresivo descontento ciudadano⁴, al que se unió el fuerte despliegue tecnológico que caracterizó la época⁵. En este contexto se planteó como posible una nueva manera de hacer política: la “democracia líquida⁶”, donde el ciudadano tiene la posibilidad de votar cada decisión y de realizar propuestas, pero puede delegar su voto en un representante para aquellas decisiones en las que prefiere no participar, reservándose la posibilidad de revocar su delegación en cualquier momento.

Con el avance de la globalización, a lo largo de los años 90 y la entrada en el nuevo Siglo, el progresivo desarrollo de *internet* facilitó los medios para dar a conocer los instrumentos participativos, inicialmente a nivel local y, con posterioridad, abarcando ya una perspectiva regional, nacional e incluso supranacional (RUGHT, 2001:142-143).

La crisis global que se inició en el sector financiero en 2008 y se propagó a nivel interterritorial por todos los ámbitos en su connotación temática, acabó afectando a los pilares básicos de la sociedad. En estas circunstancias, la desafección ciudadana respecto de las instituciones públicas y de sus

² Las primeras referencias constitucionales a la democracia directa las encontramos en el Siglo XVIII: en el art. 6 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*: “La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por medio de sus representantes, en su formación”; y en la *Constitución Jacobina de 1793*, que contemplaba un mecanismo de revisión constitucional a instancia de los ciudadanos.

³ A partir de la década de los 60 surge en la Ciencia Política una aproximación distinta a la sociedad civil que se centra en las dinámicas sociales de participación: democracia cooperativa, neocorporativismo, y democracia deliberativa (SCHILLER, 2007:14-15).

⁴ Las protestas contra la ocupación de Checoslovaquia durante la Guerra Fría conocidas como “primavera de Praga”, el “Mayo del 68” que encadenó protestas estudiantiles de izquierda contra la sociedad de consumo y desembocó en la mayor huelga general de la historia de Francia, y, entre otras, las manifestaciones estudiantiles masivas por los Derechos Civiles en EEUU en contra principalmente del *apartheid*.

⁵ La revolución tecnológica supuso un cambio en la manera de pensar al permitir una adquisición de conciencia sobre los derechos que, gracias a los nuevos medios, dejan de ser una utopía y pueden ejercerse de manera efectiva (VALLESPÍN OÑA, 2001:158).

⁶ La democracia líquida o democracia delegada revocable es una forma de democracia directa que incluye la posibilidad de delegación de voto revocable de forma instantánea, de ahí su liquidez. Web: <http://www.democracialiquida.org> (VESTRI, 2015:25-29 y AGUIRRE SALA, 2016:53-59).

representantes políticos, se extendió rápidamente como un mal endémico por el continente europeo. Los ciudadanos dejaron de sentirse representados por sus legítimos representantes y hoy se sienten profundamente alejados de las instituciones que gestionan el ámbito público. El interés común sobre el que los poderes públicos dicen basar su gestión y sus políticas, ha perdido para muchos de estos ciudadanos el apelativo de “común”. En este contexto, se aprecia una progresiva y peligrosa falta de identificación ciudadana con aquellos que gobiernan y con las políticas públicas que implementan. Esta creciente desafección, añadida a la nueva revolución tecnológica de los últimos años basada en la expansión de *internet* y el desarrollo de las redes sociales, ha generado un aumento de las demandas de los ciudadanos que exigen ejercer la política sin necesidad de intermediarios y controlar directamente la actuación de los representantes políticos (AGUIRRE SALA, 2016:60).

Los Movimientos Sociales de protesta, surgidos como consecuencia de esta desafección ciudadana en la primera década del Siglo XXI, y que han repercutido en todo el globo⁷, son concebibles única y exclusivamente al amparo de estas nuevas tecnologías que ya no se encuentran sólo al alcance de una élite minoritaria (PRESNO LINERA, 2014:69-70 y BÁEZ LECHUGA, 2016:155-156). Esta democratización del acceso a *internet* y del uso de las redes sociales, ha propiciado la rápida expansión de estos movimientos como una manera alternativa de acercarse a la política. Aunque la formalización normativa del “método asambleario” que propugnan, no ha tenido todavía una traslación directa a la legislación ordinaria, sí han conseguido incorporar a la Agenda Política la preocupación por las consecuencias de estas nuevas formas de protesta (PRESNO LINERA, 2014:86). Resulta incontestable que las innumerables posibilidades que ofrece la red están conduciendo al replanteamiento del *status quo* imperante, y que la Unión Europea no se libra de esta corriente que parece un cambio de paradigma (BÁEZ LECHUGA, 2016:154).

El Derecho, una vez más, ha caminado por detrás de los cambios sociales y de los avances tecnológicos pero el constitucionalismo contemporáneo (PRESNO LINERA, 2014:71 y BÁEZ LECHUGA, 2016:155) ha intentado dar respuesta a las nuevas demandas ciudadanas, centrándose en las

⁷ Las manifestaciones que se iniciaron en Túnez en diciembre de 2010 y se sucedieron en el mundo árabe hasta 2013, conocidas como “Primavera Árabe”, clamando por la democracia y los derechos sociales; y el “Movimiento 15M”, también llamado movimiento de los indignados, que fue un movimiento ciudadano formado a raíz de la manifestación del 15 de mayo de 2011 en la Puerta del Sol de Madrid contra las políticas de austeridad.

oportunidades que ofrece la participación política directa mediante la promoción de las “instituciones de democracia participativa”⁸.

Por su parte la Unión Europea, que ha tenido una evolución paralela al despliegue de las nuevas tecnologías, ha sabido combinar las dificultades prácticas que presenta la democracia directa con sus límites, realizando pequeñas cesiones de soberanía al ciudadano para que éste la administre directamente (BÁEZ LECHUGA, 2016:151). Así, la progresiva democratización de las instituciones europeas responde a un proceso inclusivo de hacer política que inició la Comisión Europea en el año 2001⁹, fruto de la evolución de una reivindicación histórica de la ciudadanía, y que se ha extendido al resto de instituciones de la Unión Europea (ELÍAS MÉNDEZ, 2010:24). En este contexto la Agenda Política europea contempla la introducción y promoción de instrumentos de participación directa como posible solución al conflicto descrito y como adalid de la tan demandada renovación democrática.

2. *La democracia participativa y el derecho de iniciativa de los ciudadanos en el ámbito de la Unión Europea*

La democracia participativa, que hoy es parte integrante del modelo de sociedad en el ámbito de la Unión Europea y se concreta a través de los instrumentos de participación ciudadana que influyen en el funcionamiento de las instituciones, viene recogida en los *Tratados*¹⁰, que afirman la necesaria complementariedad entre democracia representativa y participativa. Así, el *Tratado de la Unión Europea* (TUE), de forma paralela al reconocimiento de la

⁸ BIGLINO CAMPOS (1987:91) las describe como “actividades que constituyen manifestaciones de opinión que no tienen necesariamente efecto sobre las decisiones a tomar por las autoridades, sino que sirven para insertar, en el procedimiento de formación de los actos de los poderes públicos, propuestas u opiniones mediante las cuales las autoridades vienen inducidas a tener en cuenta, a los fines de formación de sus decisiones, de un más amplio abanico de informaciones e ideas”. En términos similares RUGHY (2001:140).

⁹ A partir del año 2001 la Comisión Europea situó en su Agenda Política iniciativas de apertura a la sociedad civil de los procesos de negociación. Entre todas resultó muy destacada la que concluyó en el *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea* (2001), que abogaba por una mayor participación de la sociedad civil y establecía el denominado *Plan D: Democracia, Diálogo y Debate* (2005), donde se insistía sobre la necesidad de un diálogo permanente entre las instituciones europeas y la sociedad civil (BOUSSAGUET, 2010:3-5).

¹⁰ Título II del *Tratado de la Unión Europea* (TUE), que contiene las “disposiciones sobre los principios democráticos” y Título II del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), que establece las “disposiciones generales”.

democracia representativa¹¹ (art.10.1), destaca también la importancia del diálogo con la sociedad civil¹²: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos” (art. 10.3); “Las Instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión” (art. 11.1); y “Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y con la sociedad civil” (art. 11.2). En consecuencia, la participación ciudadana se convierte en un derecho cívico, y la subsidiariedad en un pilar de la democracia participativa.

Conforme a lo dispuesto en los *Tratados*, esta participación activa se articulará principalmente, además de a través de los partidos políticos a escala europea (art. 10.4 TUE) mediante el ejercicio del Derecho de sufragio¹³ (art. 20.2b) *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE)), a través de otros instrumentos entre los que cabe destacar: las consultas de la Comisión Europea (art. 11.3 TUE); la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE) (art. 11.4 TUE y 24.1 TFUE); el ejercicio del Derecho de petición ante el Parlamento Europeo (PETI) (art. 24.2 TFUE); el ejercicio del Derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo (art. 24.3 TFUE); y el ejercicio del Derecho a dirigirse por escrito a cualquier institución, órgano u organismo de la Unión Europea (art. 24.4 TFUE).

3. El impulso a los instrumentos participativos como recurso para promover un cambio político-institucional en la Unión Europea

La promoción en los últimos años de los instrumentos de participación directa, que se emplean con desigual éxito y que hasta hace muy poco eran

¹¹ Se afirma con meridiana claridad que “(...) el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa”, de modo que los ciudadanos europeos, además de estar representados en sus respectivos Parlamentos nacionales, “estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo” (art. 10.2 TUE).

¹² “Sociedad civil” es un término colectivo que designa a todo tipo de acción social llevada a cabo por individuos o grupos que no emana ni es ejercida por el Estado. Las organizaciones de la sociedad civil pueden definirse en términos abstractos como la suma de todas las estructuras organizativas cuyos miembros tienen objetivos y responsabilidades de interés general y que actúan también como mediadores entre las autoridades y los ciudadanos. Para evaluar el grado de representatividad de las organizaciones de la sociedad civil deben aplicarse criterios cuantitativos y cualitativos.

¹³ Desde 1979 existe el sufragio universal, en virtud del cual los ciudadanos de los distintos Estados miembros escogen a sus diputados en las elecciones parlamentarias quinquenales.

mayoritariamente desconocidos para un amplio porcentaje de ciudadanos, ha supuesto un impulso para dinamizar un cambio a nivel político-institucional (BILBAO UBILLOS, 2012:52). Sintetizaremos a continuación los rasgos principales de estos mecanismos participativos, dedicando a la Iniciativa Ciudadana Europea un apartado específico e incluyendo una referencia a la actividad de los Grupos de Interés y los Movimientos Sociales por la influencia que despliegan en la política legislativa comunitaria.

3.1. Los Grupos de Interés

El concepto “grupo de interés” (*lobby*) hace referencia al conjunto de personas que sin pretender el poder, ejerce influencia sobre él para hacer prevalecer sus propios intereses (p.e. las *ongs*). A nivel europeo está plenamente aceptado considerar que estas entidades propician un buen ejercicio legislativo y que sus contribuciones, basadas en la experiencia y profesionalidad, son clave para la elaboración de la normativa comunitaria (BILBAO UBILLOS, 2012:51 y BOUZA GARCÍA, 2016:45). La presión que ejercen los diferentes *lobbys*, con distintos intereses en su haber, favorece la diversificación de las políticas de la Unión Europea; facilita la representación de diferentes opciones políticas e intereses sociales; y aporta información e investigación adecuadas al objeto legislativo (GRANDE, 2002:301). En esta línea, cabe destacar que el incremento de los intereses del tejido asociativo nacional ha favorecido la introducción de nuevos temas en la Agenda Política europea, quebrando así el monopolio que venían ejerciendo los grupos de interés europeos¹⁴.

La actividad de estos grupos de interés está, pues, estrechamente ligada al desarrollo de la sociedad civil organizada¹⁵; y ésta, a su vez, está ligada al activismo social de base¹⁶. Esto significa que el nexo entre los grupos de

¹⁴ A la defensa de los intereses europeos promovida por los *lobbys* con sede en Bruselas, se incorporan ahora las preocupaciones de origen nacional que buscan una solución a nivel transnacional (BOUZA GARCÍA, 2016:47 y MOLINS LÓPEZ-RODÓ, 2016:21).

¹⁵ El término “sociedad civil organizada” designa todas las formas de acción social llevadas a cabo por individuos o grupos que no proceden del Estado y que no están dirigidos por él. En consecuencia, se aplica a las estructuras organizativas que actúan como mediadoras entre los poderes públicos y los ciudadanos, y cuyos miembros sirven al interés general a través de un proceso democrático. Algunos ejemplos serían: los interlocutores sociales (sindicatos y patronales); los movimientos juveniles; las asociaciones familiares; los grupos para la defensa del medioambiente, para la protección de los consumidores, de la infancia, etc.

¹⁶ El término “activismo social de base” hace referencia a los individuos o grupos que, sin estructura organizativa previa, toman conciencia de una problemática social, la denuncian públicamente, y se convierten en promotores de un cambio que mejore la vida de la población

interés y los ciudadanos es proporcional; y ello, aunque los *lobbys* no siempre representen la voluntad ciudadana y, estratégicamente, consideren más adecuado realizar actividades de presión sobre la élite política, que promover movilizaciones ciudadanas (MOLINS LÓPEZ-RODÓ, 2016:24). Sin embargo, esta conexión entre asociación civil y bases se limita, en todo caso, a la defensa de los intereses comunes que exigen sus partidarios; al margen se queda la defensa del bien común, que es lo que constituye realmente la extensión de la participación democrática.

Conforme a lo expuesto, cabe concluir que los grupos de interés que operan en Bruselas, se han convertido en meros intermediarios entre interesados (que no ciudadanos) e instituciones públicas europeas, reduciendo su papel al de conductores y movilizados de intereses particulares que no siempre coinciden con el interés general o la defensa del bien común. Ahora bien, esa promoción de intereses privados no puede calificarse *a priori* como negativa puesto que también contribuye a pluralizar los *in puts* que desembocan en las políticas públicas elaboradas por las Instituciones europeas.

3.2. Los Movimientos Sociales

Como respuesta a la brecha que, en la última década y de forma progresiva, se ha puesto de manifiesto entre ciudadanos, instituciones y representantes políticos, se ha gestado un fenómeno mediático, alimentado en el seno de las redes sociales, que reclama una participación más directa de los ciudadanos sobre la actuación política. Esta movilización popular, a gran escala y sin precedentes, se ha visto ampliamente favorecida por el descontento social, la profunda y larga crisis económica y financiera, los escándalos de corrupción, y las políticas impopulares (VIEJO VIÑAS, 2012:123-156). Y ha recibido su principal impulso gracias a la expansión tecnológica y a la mayor formación de los ciudadanos.

Las concentraciones convocadas por distintos movimientos y plataformas que, entre otros, se han sucedido en la Plaza *Syntagma* de Atenas, la Puerta del Sol en Madrid, la Plaza Rocío en Lisboa, tienen por objetivo reclamar una nueva forma de hacer política que invita a los ciudadanos a manifestarse y protestar, como vía alternativa para la defensa de sus derechos y la expresión de su descontento ante determinadas políticas (p.e. las de austeridad). La característica que diferencia esta novedosa modalidad de protesta callejera,

afectada. Algunos ejemplos serían las plataformas de afectados por las hipotecas, por los desahucios, por las preferentes, etc.

radica en su identificación con el régimen asambleario¹⁷: los ciudadanos, a través de la protesta social, se constituyen en asambleas populares que exigen una implicación directa en la adopción de determinadas políticas, al objeto p.e. de combatir la corrupción y la austeridad; y reducir las diferencias que existen entre las actuaciones del representante político y la voluntad del representado¹⁸.

Conforme a lo expuesto, cabe concluir que desde los años 90 se observa una evolución en los movimientos sociales, que ha cobrado mayor fuerza en los últimos años, y que se encamina progresivamente hacia la descentralización y desconexión de las estructuras clásicas de los partidos políticos (PRESNO LINERA, 2014: 69-70). A diferencia de un tiempo pasado en el que los movimientos sociales luchaban por conseguir la adopción de políticas concretas (p.e. mayores derechos laborales o civiles), nos encontramos ahora con que se persigue un objetivo de carácter global: influir en la política general para cambiar el sistema de raíz¹⁹.

3.3. *El Diálogo Civil y el Diálogo Social*

El Diálogo Civil es un proceso democrático de formación de la opinión pública que puede asumir diversas formas en función de las partes implicadas: horizontal, diálogo entre organizaciones europeas de la sociedad civil sobre el desarrollo, el futuro y las políticas de la Unión Europea; vertical, diálogo estructurado, regular entre esas organizaciones y la Unión Europea; sectorial, diálogo diario entre organizaciones de la sociedad civil y sus contactos entre las autoridades legislativas y ejecutivas²⁰. El Diálogo Civil se configura, pues,

¹⁷ Estos movimientos sociales de principios del Siglo XXI no se limitan a demandar políticas sociales concretas sino que reclaman que las decisiones políticas se dejen directamente en manos del pueblo, recurriendo a mecanismos de democracia directa invocando, p.e., la experiencia de los presupuestos participativos en *Porto Alegre* (Brasil) que después se extendió a otras ciudades de América Latina (VIEJO VIÑAS, 2012:123-156 y BÁEZ LECHUGA, 2016:158).

¹⁸ El asalto a las calles y las demandas de mayor democracia directa para evitar la distorsión de los intereses ciudadanos, provienen principalmente de sectores que se han visto duramente golpeados por la crisis y que han sufrido los recortes derivados de la irresponsabilidad económica. Un movimiento social designado por algunos como los “indignados”, ha recorrido España, Grecia, Irlanda, Portugal etc., poniendo de manifiesto su total desacuerdo con las políticas de austeridad que se están llevando a cabo (PRESNO LINERA, 2014:73).

¹⁹ Esta pretensión es la que justifica que alguno de estos movimientos se haya convertido en un partido político con aspiraciones serias de gobierno (p.e. Podemos en España o *Syriza* en Grecia).

²⁰ Procede destacar que los conceptos de diálogo civil horizontal y vertical, enunciados por el CESE en el año 2000, fueron incluidos literalmente por el Tratado de Lisboa en los apartados 1 y 2 del artículo 11 del *Tratado de*

como un instrumento esencial para aplicar los principios de la gobernanza: transparencia, participación, rendición de cuentas, eficacia, coherencia y subsidiariedad (ROIRANT, 2012:35). Junto a los propios mecanismos de articulación de los instrumentos de decisión política a nivel europeo, el Diálogo Civil entre las instituciones públicas y los ciudadanos es el segundo elemento esencial para la configuración de la democracia participativa (EZAIZ, 2007:165-167). La articulación de este diálogo entre las instituciones públicas de la Unión Europea y las organizaciones representativas de la sociedad civil es un eslabón esencial, dentro de las políticas de la Unión Europea, para hacer posible que la integración europea se asiente en una verdadera democracia participativa y que los ciudadanos de la Unión Europea se sientan verdaderamente identificados con el proceso de integración (ROIRANT, 2012:35).

A diferencia del Diálogo Civil, el Diálogo Social es un mecanismo con competencias cuasi-legislativas, tal como prevén los artículos 153 y 154 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. El Diálogo Social en el seno de la Unión Europea ha sido objeto de regulación y de estructuración desde 1985. Su ámbito está claramente definido, es el referido a las relaciones de capital y trabajo, y sus actores están organizados en torno a dos grupos: empleadores y empleados. Está claramente definido en lo que respecta a sus participantes, competencias y procedimientos, y tiene un valor cuasi constitucional (EZAIZ, 2007: 173).

3.4. *Los Foros de Debate*

En el ámbito de la Unión Europea destacan por su importancia los Foros de Debate que se detallan a continuación.

Los “sondeos deliberativos²¹”, que consisten en un mecanismo mediante el cual las instituciones, en particular la Comisión Europea, permiten expresar su opinión a ciertos ciudadanos reunidos al efecto, que tienen antecedentes formativos suficientes para apuntar de antemano lo que decidirían los ciudadanos acerca de los temas sobre los que podrían ser preguntados.

la Unión Europea.

²¹ El primer sondeo deliberativo fue celebrado en Gran Bretaña en 1984 sobre política criminal y desde entonces se han celebrado más de treinta eventos de esta naturaleza en diversas partes del mundo: China en el año 2006 celebró uno en torno a proyectos de infraestructura en el municipio costero de *Zeguo*, provincia de *Wenling*; Irlanda del Norte en 2007 celebró uno, con la participación de católicos y protestantes, en torno a cuestiones educativas. Y, hasta la fecha, el recurso a este instrumento en el marco de la UE se ha utilizado en dos ocasiones: octubre de 2007, en el marco del Proyecto europeo *Tomorrow's Europe* y, con menos repercusión, en febrero de 2009 sobre cuestiones relativas a la seguridad ciudadana.

Las “conferencias ciudadanas o de consenso²²”, que constituyen paneles de discusión entre expertos sobre la materia, políticos, y ciudadanos sin conocimientos específicos sobre el asunto objeto de debate. Las diferentes partes se reúnen para deliberar sobre el tema, alcanzar un acuerdo común, y redactar una serie de recomendaciones.

Y los “espacios de intercambio local y sectorial²³”, que pueden definirse como diferentes grupos de contactos con intereses comunes que facilitan la construcción de lazos transnacionales de cooperación, y el intercambio de experiencias y buenas prácticas entre ciudadanos de los distintos Estados miembros.

3.5. *La interacción con el Parlamento Europeo*

En el ámbito del Parlamento Europeo existe una “relación directa” entre los ciudadanos y los diputados que lo conforman. El acceso al legislador europeo no queda, pues, restringido a los Grupos de Interés, sino que cualquier ciudadano puede contactar directamente con uno o varios diputados del Parlamento Europeo gracias a la homogeneización de las diferentes prácticas parlamentarias de los distintos Estados miembros (FUENTETAJA PASTOR, 2016:121). Así, esta relación directa, propia de los diputados europeos elegidos en circunscripciones con sistemas mayoritarios y listas abiertas²⁴, se generaliza y se extiende también a los eurodiputados cuya reelección no depende del voto preferencial de sus votantes sino de su inclusión en listas cerradas²⁵.

Asimismo, los diferentes grupos parlamentarios, los partidos políticos y las fundaciones políticas europeas organizan, con fondos comunitarios y aportaciones privadas, “conferencias y audiencias en el marco parlamentario”. Estos encuentros de temática abierta constituyen importantes puntos de contacto entre los ciudadanos, los expertos sobre la materia objeto de debate y los representantes políticos.

Resulta especialmente relevante en el ámbito parlamentario el trabajo de la “Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo (PETI)”, que se puso en

²² Hasta la fecha, la Comisión Europea ha promovido y financiado cuatro experiencias. La primera, denominada *Raising Citizens and Stakeholder's Awareness and Use of New Regional and Urban Sustainability Approaches in Europe (RAISE)*, tuvo lugar en diciembre de 2005.

²³ Ejemplos varios se hallan en la organización de los “Seminarios sectoriales de composición multicultural” destacando, entre ellos, la red transnacional FARNET, integrada por expertos procedentes de varios países para establecer puntos de contacto con las principales zonas de pesca en Europa.

²⁴ Dinamarca e Italia entre otros Estados.

²⁵ Francia y España entre otros Estados.

funcionamiento tras la reforma del *Tratado de Maastrich*. Así, el art. 24.2 en relación con el art. 227, ambos del TFUE, contemplan el derecho de cualquier ciudadano de la Unión Europea a presentar una petición ante el Parlamento Europeo. Este derecho permite que toda persona, física o jurídica, ciudadana de la Unión Europea o residente en la Unión Europea, pueda presentar una petición o una reclamación, individual o colectiva, sobre un asunto en el marco de aplicación del Derecho comunitario siempre que le afecte directamente (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2013:63). Este Derecho de petición se ejerce ante la Unión Europea y se refiere a un asunto concreto que afecta a una persona que reclama la protección de sus derechos a nivel supranacional.

3.6. *La interacción con la Comisión Europea*

La Comisión Europea, ejecutivo comunitario, incluye en su proceso legislativo la realización de diferentes consultas sobre materias determinadas (ELÍAS MÉNDEZ, 2010:48).

Entre todas destacan por su importancia las “consultas a técnicos y especialistas”, que son invitados a participar en las reuniones de trabajo de la Comisión Europea y/o a formar parte de los Comités de Expertos de la Comisión Europea.

También son habituales las “consultas a los ciudadanos”, que se realizan con cierta regularidad e implican individualmente a las partes interesadas en un tema en particular. La Comisión Europea establece contactos, normalmente de carácter informal, con los ciudadanos que se encuentran afectados por un área legislativa concreta. No obstante procede matizar que, en la mayoría de los casos, estos contactos se establecen más con las organizaciones que los representan que con los ciudadanos a título individual.

En último lugar cabe señalar las “consultas previas al lanzamiento de *Libros Blancos* y *Libros Verdes*”, que organiza la Comisión Europea con anterioridad a la presentación de una propuesta legislativa. En estos casos, la Comisión Europea plantea una consulta pública que dará origen a la publicación de un *Libro Blanco* recogiendo las aportaciones de los participantes; posteriormente, se publicará un *Libro Verde* concretando las propuestas de la futura legislación. En este proceso pueden participar las diferentes partes interesadas: ciudadanos a título individual, empresas, *lobbys*, asociaciones, *ongs*, etc.

3.7. *La interacción con otras instituciones de la Unión Europea*

El art. 24.4 del TFUE proclama el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea a “dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos contemplados en el presente artículo o en el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea (...) y a recibir una contestación en la misma lengua”. Se faculta así a cualquier persona, física o jurídica, ciudadana de la Unión Europea o residente en la Unión Europea, para que se dirija por escrito de forma directa y sin necesidad de recurrir a intermediarios a: el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia (TJ), el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo (BCE), el Comité de las Regiones, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) y el Defensor del Pueblo. Garantizándose, asimismo, que la persona obtendrá una respuesta en la misma lengua que haya empleado para la redacción de su escrito.

Con carácter específico se atribuye al Defensor del Pueblo Europeo (*ombudsman*), la investigación de todos los casos en los que se haya alegado mala administración en el ejercicio de las Instituciones y órganos comunitarios (ENÉRIZ OLAECHEA, 2015:204). En esta línea se establece que cualquier persona física o jurídica, ciudadana de la Unión Europea o residente de la Unión Europea podrá dirigirse directamente al *ombudsman* (ex. art. 24.3 en relación con el art. 228, ambos del TFUE) a través del formulario que se encuentra disponible en su página *web*²⁶.

3.8. Valoración crítica

Los diferentes instrumentos descritos han permitido a los ciudadanos una participación más directa y efectiva en la política comunitaria, que trasciende a la mecánica contribución que supone la participación en los procesos electorales al Parlamento Europeo que se celebran cada cinco años.

Estos modelos de participación ciudadana han logrado un éxito técnico notable, no sólo desde el punto de vista organizativo sino también desde el punto de vista de la calidad legislativa. La participación ciudadana ha supuesto una mejora en cuanto a la pluralidad y al contenido de las propuestas legislativas. Las aportaciones foráneas de ciudadanos preocupados, y de expertos y profesionales implicados, están influyendo en las decisiones técnicas de las instituciones comunitarias, que desde hace ya varios años han incorporado alguna de sus propuestas a la legislación. La institucionalización de estos contactos con la sociedad civil constituye, pues, un eje importante en la estructura organizativa de la Unión Europea. En el caso de la Comisión Europea el recurso habitual a los métodos de relación directa con los

²⁶ Web: <http://www.ombudsman.europa.eu>.

ciudadanos, expertos y profesionales se justifica, además, por la necesidad de legitimarse a sí misma a través de los contactos con la sociedad civil.

4. *La Iniciativa Ciudadana Europea (ICE): ¿una oportunidad para combatir la desafección ciudadana y afianzar la democracia participativa en el seno de la Unión Europea?*

Como posible solución para lograr la renovación democrática demandada por los ciudadanos, y combatir su desafección respecto de las instituciones públicas (BELLIDO BARRIONUEVO, 2014:63), se planteó desde la Agenda Política europea la introducción de nuevos mecanismos de participación directa. Este proceso culminó con la inclusión de otra herramienta en los *Tratados* (art. 11.4 TUE y 24.1 TFUE): la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE); que entró en funcionamiento el 1 de abril de 2012.

4.1. *Antecedentes y proceso de configuración*

El primer paso para la configuración de la ICE se produjo en junio de 2003, cuando la “Convención sobre el Futuro de Europa²⁷” decidió incluirla en el texto del fallido *Tratado Constitucional* (TC)²⁸, con el objetivo de permitir a los ciudadanos participar directamente en la construcción del ordenamiento comunitario. Hasta esa fecha ninguna organización internacional había planteado una herramienta de tales características, propia de los esquemas políticos de los Estados democráticos, así que la propuesta supuso una innovación institucional sin precedentes (MARTÍNEZ JIMÉNEZ, 2012:9).

La ICE fue uno de los aspectos esenciales del TC que se incorporó al TUE, convirtiéndose en una herramienta transnacional pionera en el mundo para canalizar la voluntad de participación y otorgar mayor protagonismo a

²⁷ Convención nacida en 2002 superando el formato de conferencia intergubernamental al abrirse a la participación de la sociedad europea con la finalidad de avanzar hacia “la constitucionalización de un sistema basado en el federalismo supranacional”. MANGAS MARTÍN (2008:68).

²⁸ *Tratado Constitucional para Europa*, aprobado por el Consejo Europeo el 18 de junio de 2004 y firmado en Roma el 29 de octubre de ese mismo año que fue rechazado por Francia en mayo de 2005 y por Holanda en junio de 2005 por lo que, al no ser ratificado por los 27 Estados miembros no llegó a entrar en vigor.

los ciudadanos²⁹. Este novedoso instrumento participativo se contempla en el art. 11.4 TUE en los siguientes términos³⁰: “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la unión que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados”.

La ICE permite que los ciudadanos europeos puedan solicitar a la Comisión Europea, en su calidad de titular de la iniciativa legislativa, que lleve a cabo una propuesta de adopción normativa al Consejo y/o al Parlamento Europeo que sea compatible con lo dispuesto en los Tratados³¹. Esta facultad no se formula como un derecho subjetivo y queda reservada a los ciudadanos europeos, sin que pueda extenderse a los residentes nacionales de terceros países. Los procedimientos y las condiciones preceptivas para su presentación, conforme a lo dispuesto en los arts. 11.4 TUE y 24.1 TFUE, se fijan en el *Reglamento UE N° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre la Iniciativa Ciudadana*.

4.2. Régimen jurídico

Para poner en marcha una ICE hay que crear un “Comité de Ciudadanos” integrado, como mínimo, por siete ciudadanos de la Unión Europea residentes en, al menos, siete Estados miembros distintos³². Los miembros del Comité deben ser ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, con edad suficiente para votar en las elecciones al PE³³. Con carácter previo a la recogida de declaraciones de apoyo ciudadano, el Comité debe registrar su ICE ante la Comisión Europea, utilizando una de las lenguas oficiales de la

²⁹ En el artículo “¿Cómo se mide la voluntad de Europa?”, publicado en *El País*, el 11 de enero de 2010, ANDREU MISSÉ exponía que “se trata de una de las disposiciones más innovadoras del Tratado de Lisboa, que supone un primer paso hacia la democracia directa”.

³⁰ Redacción dada por el *Tratado de Lisboa* que modificó el *Tratado de la Unión Europea* y el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

³¹ Atribuye a los ciudadanos las mismas facultades para promover iniciativas legislativas que tienen el Consejo y el Parlamento Europeo.

³² Art. 3.1 del *Reglamento UE N° 211/2011*. Las personas jurídicas no pueden plantearla pero si promoverlas o apoyarlas, siempre que lo hagan con total transparencia. Se pretendió frenar su utilización a los grupos de interés como forma de presionar a las Instituciones para lograr sus objetivos particulares y evitar que instrumentalicen a los ciudadanos.

³³ Art. 3.1 del *Reglamento UE N° 211/2011*. En todos los Estados miembros con 18 años cumplidos con excepción de Austria que es con 16.

Unión Europea³⁴; designando al efecto un representante y proporcionando información sobre el objeto y objetivos pretendidos con la iniciativa³⁵.

Una vez presentada, la Comisión Europea tiene un plazo máximo de dos meses para llevar a cabo su registro. En ese período de tiempo deberá examinar: la correcta constitución del Comité y del nombramiento del representante; si el objeto planteado se encuentra dentro del ámbito de competencias de la Comisión Europea y es relativo a un acto jurídico para los fines de aplicación de los Tratados; y si la propuesta no es abusiva, frívola o temeraria, ni contraria a los valores de la Unión Europea proclamados en el art. 2 TUE³⁶.

Confirmada la inscripción en el registro, los organizadores disponen de un plazo no superior a doce meses para la recogida de declaraciones de apoyo entre los ciudadanos³⁷. Todos los ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro, con edad suficiente para votar en las elecciones al Parlamento Europeo, pueden apoyar y firmar una ICE³⁸. Para manifestar su adhesión, deberán rellenar un formulario específico de declaración de apoyo facilitado por los organizadores en papel o en formato electrónico. Los firmantes habrán de proceder, al menos, de ¼ parte de los Estados miembros³⁹, y el mínimo de firmas que se debe recoger en cada Estado equivale a su número de diputados en el Parlamento Europeo multiplicado por setecientos cincuenta⁴⁰. Para que prospere una ICE se impone la obtención de un millón de firmas; cifra que representa un 0,2% de la población con derecho a voto en la Unión Europea⁴¹.

Si la ICE obtiene ese millón de firmas verificadas y certificadas⁴², los organizadores remitirán el texto a la Comisión Europea y ésta procederá a su

³⁴ Art. 4 del *Reglamento UE N° 211/2011*.

³⁵ Web: <http://www.ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome?lg=es>.

³⁶ Cabe la posibilidad de recurso contra la Comisión Europea por la inadmisión de la ICE, lo que claramente pone de manifiesto que esta fase implica un mero filtro de tipo formal.

³⁷ Art. 5.5 del *Reglamento UE N° 211/2011*.

³⁸ Art. 3.4 del *Reglamento UE N° 211/2011*.

³⁹ Art. 7.1 del *Reglamento UE N° 211/2011*.

⁴⁰ Art. 7.1 y Anexo II del *Reglamento UE N° 211/2011*. A título de ejemplo: España, número mínimo de firmas 40.500, Alemania, 72.000, Italia, 54.750, Francia, 55.500 y Portugal 16.500.

⁴¹ Un umbral muy permisivo, en términos comparados con otras figuras homólogas, lo que la convierte en un potencial canal de participación. A título de ejemplo, porcentaje de firmas para una ICE 1.000.000 sobre 415.937,33 habitantes censados con derecho a voto (0,20%); porcentaje de firmas para una ILP en España 500.000 sobre 34.297.301 habitantes censados con derecho a voto (1,45%). MARTÍNEZ JIMÉNEZ (2012:11).

⁴² El procedimiento y condiciones para la recogida y verificación de firmas se recoge en los arts. 5, 6 y 7 del *Reglamento UE N° 211/2011*.

examen⁴³. Dentro de los tres meses posteriores a su recepción los organizadores se reunirán con representantes de la Comisión Europea para explicar detalladamente las cuestiones que plantean en su ICE. Asimismo, los organizadores podrán presentarla en una audiencia pública organizada en el Parlamento Europeo. La Comisión Europea recogerá en un documento sus conclusiones finales de carácter jurídico y político; si lo consideran oportuno, la relación de medidas que tenga intención de proponer en respuesta a la ICE; y, en todo caso, las razones por las que haya decidido actuar así o no hacerlo. Esta respuesta oficial revestirá forma de “comunicación”, será trasladada a los organizadores, al Parlamento Europeo, al Consejo, y se publicará en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea.

En todo caso, cabe destacar que la Comisión Europea no está obligada a realizar propuestas legislativas en respuesta a una ICE. Para los supuestos en que sí acuerde hacerlo, se pondrá en marcha el procedimiento legislativo habitual. La Comisión posee, por tanto, un amplio margen de discrecionalidad para decidir si continúa o no adelante con la iniciativa, y su actuación será determinante para su triunfo o su fracaso.

4.3. Control político: luces y sombras de la pieza clave para consolidar la democracia participativa en la Unión Europea

El diseño de la ICE responde al esfuerzo realizado por la Unión Europea para implementar procedimientos que fomenten la participación ciudadana, y refuercen el papel de la sociedad civil en las políticas públicas, al objeto de paliar la percepción negativa que los ciudadanos tienen de las instituciones (SEFCOVIC, 2013:5 y LLORENTE PÉREZ, 2015: 65).

*Right2Water*⁴⁴ y *One of Us*⁴⁵ fueron las primeras ICE's contestadas por la Comisión Europea enfrentándose, no obstante, a destinos dispares en lo que se refiere a la confección de un programa de actuación político-administrativo (PARDO BENEYTO y ABELLÁN LÓPEZ, 2015:185).

⁴³ Arts. 9, 10 y 11 del *Reglamento UE N° 211/2011*.

⁴⁴ Comunicación de la Comisión relativa a la ICE “El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano: ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!”, Comisión Europea 2014 a). La iniciativa, conocida como *Right2Water*, fue la primera en completar el procedimiento ICE. La iniciativa fue registrada el 10 de mayo de 2012, la recogida de firmas finalizó el 1 de noviembre de 2013, la propuesta fue presentada el 20 de diciembre de 2013, y fue contestada por la Comisión Europea el 19 de marzo de 2014.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la ICE “Uno de nosotros”, Comisión Europea 2014 b). La iniciativa conocida como “*One of Us*”, fue registrada el 11 de mayo de 2012, la recogida de firmas finalizó el 1 de noviembre de 2013, la propuesta fue presentada el 27 de febrero de 2014, y fue contestada por la Comisión Europea el 28 de mayo de 2014.

Right2Water, respaldada por más de un millón y medio de ciudadanos europeos, basó su propuesta en la instrumentalización del Derecho al agua y el saneamiento reconocido por la ONU, y la necesidad de promover su carácter público. Para alcanzar estos objetivos se proponía: hacer del Derecho al agua y al saneamiento el centro de la legislación, excluyéndolos de la Directiva de Mercado Interior; imponer que los servicios de agua y saneamiento no queden sujetos a liberalización, al ser un monopolio natural; introducir una Directiva Marco del Agua conforme a los objetivos de la iniciativa; y aumentar los esfuerzos para implementar un acceso al agua y al saneamiento universal mediante políticas de cooperación.

One of Us, respaldada por casi dos millones de ciudadanos europeos, basó su propuesta en la defensa del Derecho a la vida del no nacido, argumentando que la Unión Europea proclama el respeto a la vida y a la dignidad en el TUE y en la CDFUE. Desde esta perspectiva defendían que la Unión Europea es una comunidad de valores que debe reflejarse tanto en las políticas públicas como en el presupuesto. Para alcanzar estos objetivos se proponía: prohibir la asignación presupuestaria a actividades que destruyan embriones humanos; prohibir la dotación de recursos a la investigación sobre clonación humana, modificación genética e investigación con embriones humanos; e impedir el recurso a los fondos de cooperación comunitarios para financiar abortos directa o indirectamente.

Right2Water diseñó su propuesta en torno a los Derechos humanos en general y los bienes públicos; y obtuvo el apoyo de una amplia red de organizaciones de la sociedad civil heterogéneas y jerarquizadas, incluyendo algunas con importante presencia en las instituciones europeas. En su respuesta la Comisión Europea se comprometió a implementar una serie de políticas concretas⁴⁶: mejorar la calidad y el acceso al agua dentro del marco del “VII Programa de acción en materia de medio ambiente”; vigilar que los Estados miembros apliquen la legislación vigente sobre la materia; e incentivar a los Estados miembros para que adecuen sus infraestructuras en cuanto a suministro de agua y saneamiento. No obstante, el aspecto más importante de la ICE, que los sectores del agua y del saneamiento quedasen excluidos de las normas del mercado interior y la liberalización, no fue atendido por la

⁴⁶ El éxito de esta ICE se articuló en torno a la capacidad que tuvieron los organizadores para conectar los distintos ámbitos de apoyo: sindicatos, *ongs* dedicadas al medio ambiente y al desarrollo, entidades defensoras de la justicia social, agrupaciones ciudadanas específicas para la defensa y promoción de esta ICE, organizaciones defensoras de los servicios públicos, empresas del sector del agua y del saneamiento, organizaciones políticas, instituciones académicas, etc. Esta variedad de entidades le permitió llegar a distintos segmentos de la población con distintas preocupaciones e intereses dispares.

Comisión Europea que declinó efectuar una propuesta legislativa al respecto. Al resolver esta primera ICE se queda a medio camino: no la rechaza pero tampoco satisface la principal demanda de sus firmantes.

One of Us diseñó su propuesta basándose en la aplicación del Derecho a la vida al ámbito científico y la cooperación internacional, sugiriendo la imposición de restricciones al uso presupuestario. Obtuvo el apoyo de organizaciones pro-vida y de la infraestructura que le prestaron las entidades religiosas, principalmente la Iglesia Católica que le otorgó un amplio respaldo: apoyo explícito de los Papas Francisco y Benedicto XVI; y autorización para la recogida de firma en las Iglesias. A diferencia de *Right2Water*, sólo consiguió el respaldo de grupos homogéneos y fue rechazada en su totalidad por la Comisión Europea, que decidió no presentar propuesta legislativa al respecto argumentando que “los Estados miembros y el Parlamento Europeo han acordado proseguir la financiación de la investigación en este ámbito por una razón las células madre de embriones son únicas y ofrecen un alto potencial de salvación de vidas humanas”. Para reforzar su posición la Comisión Europeo declaró, además, que estas investigaciones están en consonancia con los *Tratados* y con la CDFUE. Resulta llamativo que la Comisión Europea haya decidido de forma tan rotunda no respaldar una propuesta como ésta, secundada por casi dos millones de ciudadanos, que han visto defraudadas todas sus expectativas. Es evidente que la Comisión Europea no debe secundar todas las iniciativas que superen el umbral de firmas requerido pero, en este caso concreto, quizás habría sido “políticamente más correcto” que se trasladase una propuesta legislativa al Parlamento y al Consejo y que hubieran sido estas instituciones las que la hubieran vetado (BELLIDO BARRIONUEVO, 2014:63).

El control político que ha realizado la Comisión Europea de estas primeras ICE no ha contribuido demasiado a incrementar la confianza de los ciudadanos en las instituciones ni ha servido para fomentar una mayor participación democrática de los ciudadanos en los asuntos europeos (BELLIDO BARRIONUEVO, 2014:72). Quizás la Comisión Europea haya perdido una gran oportunidad para obtener el respaldo de la ciudadanía y para promover una mayor utilización de este instrumento participativo.

En ambas iniciativas, las organizaciones de la sociedad civil que las promovieron y apoyaron, y que vieron defraudadas sus expectativas, han formado una red de políticas públicas que ha cristalizado en una organización de tipo permanente: dos grandes *lobbys* que tratan de influir en las instituciones de la Unión Europea para controlar sus propios ámbitos en defensa de sus propios intereses (PARDO BENEYTO y ABELLÁN LÓPEZ, 2015:187).

Las altas expectativas generadas en torno a la ICE no se han cumplido, al menos hasta la fecha. Con excepción de estas dos iniciativas comentadas, la ICE ha tenido escasa relevancia social y mediática debido, principalmente, al desconocimiento de su existencia y a las dificultades que presenta el procedimiento (BÁEZ LECHUGA, 2016:186). Es cierto que los requisitos administrativos no son excesivos, pero su exigencia tampoco favorece la generalización de su uso. La viabilidad de las ICE queda ligada, pues, a la visibilidad que quieran otorgarle los medios de comunicación, y al respaldo que reciban de los grupos de interés; circunstancias ambas que repercutirán, de forma proporcional, en la capacidad de sus organizadores para obtener financiación y, en consecuencia, en sus posibilidades para completar con éxito el procedimiento.

Asimismo, aunque la herramienta nace para el uso y servicio de los ciudadanos (personas físicas) con la finalidad de acercarlos a las instituciones, e implicarlos en la adopción de políticas públicas, la breve experiencia de su recorrido apunta como posible que acabe convirtiéndose en un instrumento más al servicio de los grupos de interés (especialmente cuando crean que pueden obtener beneficios de la confrontación). Este eventual corporativismo acabaría socavando su esencia: la ICE dejaría de ser un instrumento que representa los intereses ciudadanos, y se convertiría en una herramienta para que los grupos de interés, a través de la movilización ciudadana, pudiesen defender sus intereses privados y alcanzar sus objetivos.

Conforme a lo expuesto, cabe concluir que la ICE no es un instrumento de democracia directa, puesto que no transfiere a los ciudadanos la capacidad de decisión sobre una materia concreta, y, en consecuencia, su uso no determinará un cambio radical en el modo de hacer política en la Unión Europea ni servirá, por sí sola, para revertir la tendencia al progresivo distanciamiento entre los ciudadanos y las instituciones europeas (BILBAO UBILLOS, 2012:81).

5. Conclusión final

La Unión Europea, de forma progresiva, ha articulado los mecanismos necesarios para superar el déficit democrático del que adolecía en sus orígenes, consolidando medios para garantizar que la democracia representativa sea una realidad que permita acortar las distancias existentes entre las instituciones y los ciudadanos europeos. Es indiscutible que el reconocimiento explícito a favor de los ciudadanos europeos de su Derecho de participación política, a través de instrumentos participativos concretos

como la ICE, refuerza su sentimiento de ciudadanía y de pertenencia y, en consecuencia, promueve su compromiso cívico y le otorga un importante protagonismo en el proceso político.

La exigencia de un millón de firmas constituye un umbral razonable que facilita la puesta en marcha de las iniciativas; el número mínimo de Estados, y de ciudadanos por Estado, equilibra la representatividad de la Unión Europea y la accesibilidad de las iniciativas; la exclusión de las personas jurídicas como organizadores de las iniciativas, pretende evitar que los grupos de presión utilicen este instrumento como canal para lanzar iniciativas en pro de sus intereses, y promueve la generación de una mayor conexión entre los grupos de presión y los ciudadanos. En conclusión, cabe afirmar que los requisitos de forma y procedimiento establecidos para la ICE tienen el claro propósito de impulsar y facilitar su uso. No obstante, la promoción institucional del recurso a este mecanismo por parte de los ciudadanos no supone el establecimiento de un modelo alternativo al sistema de democracia representativa, que rige tanto a escala nacional en los distintos Estados miembros como a escala europea. El objetivo que se pretende lograr consiste, simplemente, en acercar la política a los ciudadanos recurriendo a estos instrumentos participativos que sirven de complemento al sistema representativo.

Referencias bibliográficas

AGUIRRE SALA, J.F. (2017). “Notas complementarias al estudio contextual de Gabriele Vestri sobre la democracia líquida”. *Lex Social Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 7.

BÁEZ LECHUGA, I. (2016). “Disfunciones de la democracia directa en la Unión Europea: corporativismo y ausencia de ciudadanía. El caso particular de la iniciativa ciudadana europea”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 18.

BELLIDO BARRIONUEVO, M. (2014). “La iniciativa ciudadana europea: una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas”. *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51.

BIGLINO CAMPOS, P. (1987). “La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19.

BILBAO UBILLOS, J. (2012). “La iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE)”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 46.

BOUSSAGUET, L. (2010). “A l’écoute des citoyens. Bilan des premières expériences participatives à l’échelle communautaire”. En VVAA, *Démocratie européenne en action*, Notre Europe, Paris.

BOUZA GARCÍA, L. (2016). “La dimensión europea del sistema de intermediación de intereses: los grupos de interés españoles ante la UE”. En

Molins López-Rodó, *Los Grupos de Interés*, Tecnos, Madrid.

ELÍAS MÉNDEZ, C. (2010). “La Administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la administración pública europea: análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 20.

ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. (2015). “El Defensor del Pueblo Europeo en la actualidad”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6.

EZAIZ FUNDACIOA (2007). “Diálogo social y civil en la Unión Europea”. *Revista Vasca de Economía Social*, núm. 3.

FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2016). “El Parlamento Europeo”. En VVAA, *Instituciones de la Unión Europea*, Open, Madrid.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2013). “La “iniciativa ciudadana” en la Unión Europea”. *Panorama Social*, núm. 17.

GRANDE, E. (2002). “Instituciones e intereses en Europa: grupos de interés y gobernanza en un sistema estructurado por niveles múltiples”. *Foro Internacional*, núm. 168.

LIZCANO FERNÁNDEZ, F. (2009). “Compatibilidad entre democracia directa y democracia representativa”. *Revista iberoamericana de autogestión y acción comunal*, núm. 55.

LLORENTE PÉREZ, A. (2015). “La Iniciativa Ciudadana Europea como alternativa democrática de la Unión Europea”. *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 6.

MANGAS MARTÍN, A. (2008). En VVAA, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A. (2012). *La iniciativa ciudadana europea: profundizando en la democracia*, Fundación Ideas, Madrid.

MOLINS LÓPEZ-RODÓ, J. (2016). *Los Grupos de Interés en España. La influencia de los lobbies en la política española*, Sociología, Semilla y Surco, Madrid.

PARDO BENEYTO, G. y ABELLÁN LÓPEZ, M.A. (2015). “Right2Water y One of Us: dos casos de éxito de la Iniciativa Ciudadana Europea”. En Joaquín Marco y Blanca Nicasio, *La regeneración del sistema: reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*, Avapol, Valencia.

PRESNO LINERA, M.A. (2014). “La democracia directa y la falacia de sus riesgos”. En Ignacio Gutiérrez, *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*, Comares, Granada.

ROIRANT J.M. (2012). “Las asociaciones en el diálogo civil europeo”. *Temas para el debate: democracia y movimiento ciudadano*, núm. 213-214.

RUGHT D. (2001). “Transnacionalización y globalización de los movimientos sociales”. En Ramón Máiz, *Construcción de Europa, democracia y globalización*, vol. 1, EUSC, Santiago de Compostela.

SEFCOVIC, M. (2013). “Iniciativa Ciudadana Europea: una primicia para la democracia participativa”. *Cantabria Europa: Revista de la Dirección*

General de Asuntos Europeos y Cooperación al Desarrollo, núm. 34.

SCHILLER, T. (2007). "Direct Democracy and Theories of Participatory Democracy-some observations". En Tibor Pallinger y Marxer, *Direct Democracy in Europe, Developments and Prospects*, Verlag Für Sozialwissenschaften.

VALLESPÍN OÑA, F. (2001). "El discurso de la democracia radical". En Rafael del Águila y Fernando Vallespín, *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid.

VESTRI, G. (2015). "¿La democracia líquida como alternativa a la política clásica? Un estudio contextual". *Estudios de Deusto*, vol. 63.

VIEJO VIÑAS, R. (2012). "Indignación. Política de movimientos, nueva ola de movilizaciones y crisis de representación". En Rivas Prats, Mascott Sánchez y Arellano Trejo, *La actuación del legislativo en los tiempos de crisis*, CESOP, México.

CAUCES INFORMALES DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA: EL CASO DE LA “BRIGADA TUITERA” Y LA BATALLA CONTRA LAS TASAS JUDICIALES

*Fernando Pérez Domínguez**

SUMARIO: 1. Introducción: el contexto post-15M como marco de referencia. – 2. Los hechos: el movimiento de la “Brigada Tuitera” (#T) contra las tasas judiciales. – 2.1. Objetivos. – 2.2. Naturaleza y composición. – 2.3. Medios de actuación y evolución del movimiento. – 3. Breves valoraciones jurídico-políticas del movimiento “Brigada Tuitera”. Referencias bibliográficas.

1. Introducción: el contexto post-15M como marco de referencia

Desde los acontecimientos vividos en España el 15 de mayo de 2011 todo movimiento social reivindicativo debe ser analizado desde la perspectiva de la crisis del sistema representativo que fue el principal objeto de denuncia de las manifestaciones vividas entonces. Los sustanciales argumentos que la crisis económica ofrecía a la protesta ciudadana se vieron agravados por la evidencia de desconexión existente entre los titulares originarios de la soberanía y sus instituciones políticas representativas.

Las consecuencias de aquello son de sobra conocidas a la luz de los resultados electorales subsiguientes. En particular, ha destacado la irrupción de nuevas fuerzas políticas de diverso signo que han enriquecido el sistema español de partidos y condicionado la tradicional dinámica de la política española protagonizada por la sucesión en el poder de los grandes partidos de centro (izquierda y derecha). No obstante la contundencia de los resultados electorales, no se agota en ellos el impacto del fenómeno iniciado en mayo de 2011. Quizá de mayor calado es el redescubrimiento por parte de la sociedad de la titularidad originaria del poder de organización de la convivencia. La necesaria nueva toma de conciencia de la condición de ciudadano y la participación política que ella comporta. La reivindicación, en definitiva, de su protagonismo esencial en la gestión de lo colectivo.

Por ello, al análisis sociológico y politológico le siguió de inmediato el técnico-jurídico. La renovada demanda de participación y protagonismo ciudadano en la toma de decisiones políticas dirigió la atención sobre los institutos y categorías jurídicas a cuyo través se ejerce. Así, viene siendo intenso el deba-

* Universidad de Huelva.

te jurídico sobre la llamada “regeneración política”, que abarca desde planteamientos rupturistas a favor de la democracia directa, a posiciones reformistas de amplio alcance del sistema representativo (CASCAJO CASTRO & MARTÍN DE LA VEGA, 2016; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2014).

En ese contexto, el análisis de procesos sociales reivindicativos y participativos concretos cobra importancia, pues ofrece la ocasión para observar la suficiencia, idoneidad y utilidad práctica de los instrumentos y cauces político-participativos utilizados, ya sean éstos novedosos o tradicionales (GARCÍA ESPÍN & JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, 2017). De esa forma, pueden extraerse evidencias y argumentos que ayuden a ponderar el alcance de las reformas institucionales que el sistema político representativo necesita sin llegar a incurrir en impulsivos procesos revisionistas.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el fenómeno desarrollado por un grupo de activistas que persiguen la mejora de la Administración de Justicia en España y que se han dado en llamar “Brigada Tuitera”. Para ello se procederá, en primer lugar, a describir y subrayar los rasgos más relevantes de este movimiento reivindicativo y participativo; en particular, en lo que respecta a su estrategia contra el establecimiento de tasas judiciales desarrollada entre los años 2013 y 2016. Seguidamente, se realizarán una serie de valoraciones jurídico-políticas sobre el uso y aprovechamiento que dicho movimiento ha realizado de diversas instituciones del actual sistema de participación política.

2. Los hechos: el movimiento de la “Brigada Tuitera¹ (#T)” contra las tasas judiciales

2.1. Objetivos

El movimiento de la denominada “Brigada Tuitera” se inscribe entre las reacciones de descontento suscitadas por las reformas legislativas impulsadas por el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón, entre los profesionales del sector jurídico. Entre ellas, destacó sobremanera la Ley 10/2012 que reimplantaba en España con carácter general las tasas judiciales, condicionando el

¹ Aunque al tratarse de un movimiento abierto y participativo en red resulta difícil señalar una fuente institucional u orgánica concreta de referencia, pueden tomarse por válidas para el seguimiento del mismo la web <https://labrigadatuitera.wordpress.com/>, así como la voz en Wikipedia realizada por el propio movimiento (https://es.wikipedia.org/wiki/La_Brigada_Tuitera).

acceso a la Justicia, especialmente, a los particulares². De los movimientos de repulsa procedentes de diversos ámbitos del sector jurídico, destacó en el ámbito de internet y de la red social *Twitter* el denominado “Brigada Tuite-ra”.

Éste iniciaba su actividad en noviembre de 2013, al año de la aprobación de la ley de tasas, con el objetivo de aprovechar el potencial de las redes sociales e internet para difundir a nivel general y nacional el rechazo a las tasas judiciales y la exigencia de su derogación. Se trataba entonces de que el mensaje calara y se proyectara más allá de las concentraciones y manifestaciones que a nivel local, y dispersas por toda España, venían realizando los profesionales de la Justicia. Una vez generada la masa crítica, pero dimensionada de forma determinante en el contexto online, se pretendía dirigir la reivindicación contra el político responsable de forma mucho más incisiva y efectiva aprovechando las posibilidades que ofrece dicho contexto.

El éxito de sus primeras actuaciones dio continuidad al movimiento, obligándolo a precisar y definir sus fundamentos y objetivos; cosa que hizo publicando en abril de 2014 a tal objeto su “Manifiesto por la Justicia” difundido a través de su sitio web³ y de los múltiples perfiles online de sus seguidores. En un breve y conciso documento, el movimiento contextualiza la crisis de la Justicia en la más amplia crisis político-institucional, la relaciona directamente con el fenómeno de la corrupción política e identifica a la Justicia, con toda razón, como garantía del sistema de derechos y elemento clave para la regene-

² Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE n. 280, 21/11/2012). Sobre el cambio legislativo que dicha Ley supone, el texto base de la Proposición No de Ley elaborada por la “Brigada Tuite-ra” y discutida en varios Parlamentos Autonómicos señala: *Es un hecho que la Ley 10/2012 reimplanta en España las tasas judiciales con un carácter general, tras su supresión por la Ley 25/1986, de 24 de Diciembre, de “Supresión de las Tasas Judiciales”, la cual en su exposición de motivos justificaba tal supresión para propiciar “que todos los ciudadanos puedan obtener justicia cualquiera que sea su situación económica o su posición social”. La Ley 10/2012, en el primer renglón de su Preámbulo, cita a la Ley 53/2002, de 30 de Diciembre como restauradora en España de las tasas judiciales, lo cual no es exacto, puesto que sólo las restableció respecto de empresas y sociedades de elevada facturación, quedando exentas de las mismas la mayoría de entidades y empresas y, lo que es más importante, todas las personas físicas (artículo 35 de la Ley 53/2002). Tampoco la Ley 4/2011, de 24 de Marzo, reinstaura con carácter general ninguna tasa judicial salvo para el conocido como “proceso monitorio europeo”, que tiene por objeto la reclamación de deudas transfronterizas. En consecuencia, es la Ley 10/2012, de 20 de Noviembre, la que tras 26 años, reinstaura en España, con carácter general, las tasas judiciales, asignándoles cuantías tan elevadas que más que tener un carácter meramente recaudatorio, parecen pretender un efecto disuasorio que colisiona frontalmente con derechos de protección constitucional.*

³ Accesible en varios idiomas en <https://labrigadatuitera.wordpress.com/manifiesto/>

ración política, la reconstrucción de la convivencia y la revitalización efectiva de la soberanía popular.

Sobre la base de tales argumentos, el movimiento precisa sus objetivos, a saber: 1) la derogación de la ley de tasas (Ley 10/2012); 2) la dotación de medios materiales y humanos suficientes para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y del sistema de Justicia gratuita; y 3) el impulso de las reformas legislativas necesarias para garantizar la independencia judicial. En ejecución de tales objetivos, la “Brigada” ha llevado a cabo diversas campañas de información, denuncia y reivindicación, si bien aquí se atenderá a las relacionadas con el primero de ellos por haber alcanzado un mayor nivel de realización y ofrecer más argumentos y elementos de análisis.

2.2. *Naturaleza y composición*

En sus inicios el movimiento se constituye fundamentalmente de juristas de distintas profesiones, en particular de abogados, pero también procuradores, fiscales, jueces, magistrados y profesores de universidad. A su consolidación contribuyen además de las personales, las adhesiones de tipo institucional como las de numerosos colegios profesionales de Abogados y Procuradores, sus decanos, consejos regionales y el nacional de la Abogacía, asociaciones profesionales de jueces y otros colectivos con los que la “Brigada” confluye en su acción reivindicativa en redes sociales y su proyección en la vida real. De ello se infiere que la “Brigada” no se concibe como movimiento único y excluyente, ni aspira a monopolizar la acción en favor de la derogación de la ley de tasas, sino que se suma a una misma línea de acción de la que participan diversidad de personas y colectivos. No obstante, la particular forma de expresar sus reivindicaciones – utilizando de forma muy efectiva y con gran repercusión la red social *Twitter* – le reportarán un éxito y protagonismo quizá no esperado, que termina por identificarla como referente y líder social de la protesta.

Sobre la base de ese éxito, en el verano de 2014 el movimiento “Brigada Tuitera” trata de definirse con mayor claridad ante la sociedad, abrirse al gran público y alcanzar difusión fuera del sector jurídico. Recurren para ello a *post* breves de carácter informativo y divulgativo de sus objetivos. Éstos son enviados por sus voluntarios conforme a una estrategia preestablecida que busca rentabilizar al máximo sus acciones en redes sociales. Para ello, dirigen sus mensajes a cuentas y perfiles de amplio seguimiento y liderazgo a nivel social, así como a partidos y responsables políticos, prensa y medios de comunicación tradicional. A todos ellos se les pide que acepten la información, atiendan su reivindicación y, en su caso, se identifiquen con la causa difundíendola

desde sus cuentas y perfiles. Con un cuidado mensaje y la buena reputación granjeada en el contexto de las redes sociales⁴, la “Brigada” consigue llegar al conjunto de la ciudadanía ganando adeptos más allá del sector jurídico. Aunque resulte difícil cuantificar el movimiento, su principal web cifraba en 8000 los voluntarios a final de 2014⁵, mientras que informaciones periodísticas posteriores hablan de 15000 seguidores⁶, entre juristas y otras procedencias, ya a principios de 2016.

Sobre la base de esa composición, la “Brigada Tuitera” se autodefine como movimiento ciudadano de carácter reivindicativo, al margen de ideologías y con el objetivo inicial de advertir a la ciudadanía del grave deterioro que determinadas reformas legislativas están provocando en la Administración de Justicia. Sin embargo, a medida que sus actuaciones y repercusión en las redes sociales se consolidan, y particularmente se refuerzan y alcanzan éxito en el contexto de los diversos procesos electorales habidos desde su aparición, el movimiento no se resigna a cumplir una función meramente divulgativa, generando opinión pública y debate de ideas. Aspira también a desempeñar una función práctica o aplicada: la de influir políticamente de forma decisiva forzando, en su caso, la derogación de la llamada ley de tasas.

De acuerdo con ello, su “Manifiesto por la Justicia” reconoce como medios para la consecución de sus objetivos, además de la voz, el voto. Así, los seguidores del movimiento no aspiran sólo a expresar públicamente su protesta – en la confianza de que las instituciones representativas se hagan eco de ella – sino a instrumentalizar el voto de sus seguidores al servicio de su causa. Es ésta una de las pautas de actuación más determinantes de la “Brigada” en su relación con los partidos y representantes políticos. Ello les permite definirse como movimiento políticamente no adscrito y, por tanto, autónomo de cualquier fuerza política concreta. En la medida en que su causa se identifica con el estatus de ciudadanía y con uno de los pilares básicos del sistema democrático y de la división de poderes (Justicia independiente, cercana, accesible, con medios y gratuita), constituye una premisa que no admite vinculación a una ideología o programa político concreto. En coherencia con ello, la “Brigada” no pide el voto para ningún partido político en particular, pero sí para todos aquellos que se comprometan con sus objetivos y, en particular, con la

⁴ Una buena muestra de ello puede encontrarse en esta publicación titulada “Breves consejos para las operativas en *Twitter*”, disponible en <https://labrigadatuitera.wordpress.com/2014/09/14/breves-consejos-para-las-operativas-en-twitter/>

⁵ Vid. <https://labrigadatuitera.wordpress.com/2014/12/25/el-enjambre-t/>; así como <https://labrigadatuitera.wordpress.com/2015/01/07/8-000-personas/>.

⁶ Vid. <http://www.lawandtrends.com/noticias/vistoparahumor/el-caos-de-lexnet-genera-un-intenso-debate-en-las.html>.

supresión de las tasas judiciales; aspirando así a condicionar tanto los programas electorales como la actividad parlamentaria de los representantes políticos.

Esa intención de condicionar la actividad política, junto a su fuerte presencia en el sector jurídico, explica que la “Brigada” haya sido calificada a veces por la prensa como lobby profesional⁷. Sin llegar a rehuir frontalmente dicha calificación, los más destacados miembros del movimiento la rebaten, de una parte, esgrimiendo su composición variopinta y abierta a toda la ciudadanía y, de otra, desvinculando su causa de unos intereses profesionales concretos. No en vano, el buen funcionamiento de la Justicia reviste interés general para la ciudadanía y se enmarca en la necesidad de regeneración política al ser la Justicia antídoto contra la corrupción política, como se encarga de precisar el Manifiesto del movimiento. Más allá de tales consideraciones, lo cierto es que la “Brigada” no ha incurrido en algunos de los vicios que se achacan comúnmente a estos grupos de presión, y que explican, en parte, el recelo a los mismos. Así habría ocurrido, al menos, en relación con la gestión de intereses exclusivamente particulares (en lo que afecta, al menos, a las tasas judiciales) o la opacidad, pues las actuaciones de la “Brigada” – especialmente en relación con los partidos políticos – han destacado por una transparencia autoimpuesta.

Con mayor contundencia, por su parte, rechaza la “Brigada” su identificación con los movimientos “antisistema” surgidos con motivo de la crisis de la representación política puesta de manifiesto en el 15-M. Sus planteamientos no niegan las instituciones representativas y el protagonismo de los partidos políticos, sino que pretenden forzarlos a recuperar su posición de interlocutor eficaz de la sociedad civil. En definitiva, no niega la representación sino que reivindica que ésta sea efectiva, haciendo de las redes sociales un instrumento útil con que establecer una comunicación fluida, directa y enriquecedora entre representados y representantes con capacidad real de condicionar e influir en la actuación de estos últimos.

Finalmente, la organización interna de los miembros del movimiento se caracteriza por la ausencia de liderazgos formales, la transversalidad, la autonomía, su configuración abierta, libre, flexible, participativa y proactiva, donde prima la identidad y el hacer colectivo y anónimo por encima del protago-

⁷ Vid. <https://labrigadatuitera.wordpress.com/2015/01/07/8-000-personas/>. Sobre el papel del Lobby en el contexto español y europeo vid. QUINTANA, INMA (1999): “El lobby en España: un desarrollo singular” y “Política y sociedad. El lobby en España. Conclusiones”, ambos en VV.AA.: *¿Existe sociedad civil en España? : responsabilidades colectivas y valores públicos*, Fundación Caja de Madrid, ONCE y Fundación Encuentro, págs. 408-415 y 425-426 (respectivamente); RODRÍGUEZ TORRES, CECILIA (2016): “Marco regulatorio de las actividades de los lobbies en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 39.

nismo de los escasos activistas conocidos públicamente. Como podrá comprobarse a continuación, la ausencia de una estructura jerarquizada no obsta a que el desempeño de la “Brigada”, en redes sociales y fuera de ellas, venga presidido por una unidad de acción en la que residirá gran parte de su éxito.

2.3. Medios de actuación y evolución del movimiento

De acuerdo con la información que facilita el propio movimiento, la “Brigada Tuitera” recurre a técnicas de “acción micropolítica” (DE LA CUEVA, 2014: 12 ss.; 2012), dinámicas de enjambre e inteligencia colectiva⁸ sobre la base de las redes sociales y su potencial para generar masa social crítica en relación con reivindicaciones concretas y dirigirla a los agentes políticos. Por encima de las formulaciones teóricas de tales técnicas, resulta de más interés en un trabajo de estas características ilustrar el quehacer práctico del movimiento a lo largo de su evolución.

Así, el movimiento “Brigada Tuitera” destaca por su activismo en redes sociales; principalmente *Twitter*, pero también *Facebook* y cualquier otro frente que contribuya a difundir sus reivindicaciones. En sus primeras actuaciones (noviembre de 2013) se trató de definir el lenguaje, el medio a utilizar y los instrumentos para dotarse de una imagen “digital” que hiciera reconocible al movimiento. La iniciativa online completaba entonces las tradicionales concentraciones de profesionales contra las tasas judiciales que a nivel local y por toda España habían empezado a celebrarse, pero con el objetivo de que las redes sociales difundieran el mensaje – cual caja de resonancia –, lo potenciaran y lo dotaran de un alcance general. De esta forma, lo que empezó siendo un movimiento reivindicativo tradicional pretendía multiplicarse y sobredimensionarse en las redes sociales.

El medio elegido para ello fue dotarse de una etiqueta o *hashtag* común ilustrativa de la adhesión a la causa contra las tasas judiciales. Mediante una acción concertada de miles de voluntarios anónimos se consiguió hacer de

⁸ Como guía de sus formas de actuación el movimiento recurre a referencias del trabajo en entornos colaborativos y en red como las de Rickard Falkvinge, líder y fundador del “Partido Pirata” sueco, y su libro *Swarmwise. The tactical manual to changing the world*; o las del Profesor de Harvard Yochai Benkler en *La Riqueza de las Redes. Cómo la producción social transforma los mercados y la libertad*. Al margen de ello, la propia Brigada se ha encargado de hacer pedagogía sobre su forma de actuación, destacando en tal sentido la organización, entre otros, del Seminario “Redes y Participación ciudadana. Acciones micropolíticas en la red: conceptos, estrategias y herramientas”, celebrado en noviembre de 2014 en la sede del Consejo General de la Abogacía Española, donde varios de sus miembros explicaron tanto el fondo como la forma de sus actuaciones. Pueden consultarse las intervenciones en la web <https://seminario20.wordpress.com/>.

tales eslóganes *Trending Topic* nacional y mundial en diversas ocasiones (noviembre de 2013, abril de 2014...). De esa forma se dotó al movimiento de una repercusión e interés global que difícilmente hubiera alcanzado a partir de acciones locales de carácter presencial. Identificado el movimiento en las redes sociales, y centrada la atención sobre el mismo, se trataba de mantenerla, enriquecerla y ampliarla. Para ello, se realizaron sucesivas campañas de captación de nuevos voluntarios de todos los sectores mediante una cuidada y atractiva estrategia de acción colectiva que integraba de forma equilibrada los contenidos reivindicativos con material informativo y pedagógico sobre el movimiento, sus objetivos y formas de actuación.

La masa crítica que consiguieron generar y mantener tales acciones iniciales trató de rentabilizarse en términos políticos apenas se presentó el primer proceso electoral tras su nacimiento (elecciones al Parlamento Europeo de mayo de 2014). La cita electoral fue la excusa para precisar el objetivo y la reivindicación (“o retiras las tasas judiciales o te retiraremos los votos”) e iniciar una estrategia de interpelación directa a partidos y representantes políticos. De la mano, de nuevo, de las redes sociales, del lenguaje directo que éstas imponen y de la accesibilidad colectiva que permiten, los activistas de la “Brigada”, convenientemente coordinados pero desde la autonomía y la libertad de acción, procedieron, por una parte, a instar a los partidos y candidatos (a través de sus perfiles digitales) a manifestar su compromiso con las reivindicaciones del movimiento y, por otra, a persuadir a los votantes del Partido Popular – autor de la reforma cuestionada – para que votaran a cualquier candidatura que no apoyara la ley de tasas judiciales.

Como complemento a esa estrategia de interpelación directa a los representantes políticos, la “Brigada” dirigió también sus acciones en redes sociales sobre los principales medios de comunicación y prensa tradicionales, así como sobre periodistas y líderes de opinión nacionales. Fruto de ello, la prensa tradicional se hizo eco del movimiento reivindicativo promovido por la “Brigada” y, sobre todo, atendieron las peticiones masivas de miembros de la misma para que desde los principales programas informativos y eventos a los que acudía el Ministro de Justicia, se le cuestionara sobre el mantenimiento o derogación de las tasas judiciales. Este hecho demuestra dos cosas: una, que la “Brigada Tuitera” conseguía de esta manera saltar del mundo virtual al real, haciéndose presente ante los responsables políticos a través de la voz que le prestaban los periodistas; y dos, se reafirma la autonomía del movimiento no sólo respecto de partidos políticos, sino también de los medios de comunicación tradicional, que se ven obligados a hacerse eco de una reivindicación social generadora de debate público de ideas que nace y existe antes en las redes sociales que en el contexto de tales medios.

Consolidada la reivindicación contra las tasas judiciales a todos los niveles, y mantenida de forma constante la actividad de divulgación, el movimiento se centra – tras las elecciones europeas de mayo de 2014 – en su estrategia de interpelación directa y escrutinio público de la actividad de los partidos políticos y sus posiciones sobre el acceso y el funcionamiento de la Administración de Justicia. En tal sentido, realizan un seguimiento de toda iniciativa parlamentaria relacionada con la Justicia, informando de ellas en redes sociales, debatiendo sobre las mismas y, sobre todo, calificándolas en términos de cumplimiento o no de sus reivindicaciones⁹. Asimismo, y con motivo de las siguientes campañas electorales, la “Brigada” utilizará su posición en la red para auditar los programas electorales de los partidos políticos desde la perspectiva de sus objetivos¹⁰.

Sobre la base de esa presión online que el movimiento ejerce sobre los partidos políticos, se fundamenta uno de los logros decisivos del éxito del movimiento: su salto del mundo digital al plano real y al contacto directo con las formaciones políticas y, muy especialmente, con su actividad parlamentaria. Así, en octubre de 2014 se inicia una campaña de reuniones de voluntarios de la “Brigada” – organizada en una red de equipos de composición diversa y no estables – con diversos partidos políticos y grupos parlamentarios (el primero será el ya desaparecido UPyD).

Tales reuniones se producen con la práctica totalidad de fuerzas políticas y en todos los ámbitos y niveles: eurodiputados, grupos parlamentarios en Parlamentos autonómicos, diputados y senadores, formaciones políticas sin representación institucional, líderes nacionales y regionales de partidos políticos, formaciones locales y provinciales de los mismos, etc. Inicialmente, estos encuentros sirven para trasladar de primera mano las reivindicaciones del movimiento a los representantes políticos que, a su vez, demuestran así su disposición a conectar con las inquietudes de la sociedad civil. En la medida en que la “Brigada” se reúne con todos, no da lugar a que su causa sea expropiada por ninguna fuerza política concreta ni a que el movimiento se confunda con ninguna de ellas. Estos encuentros presenciales retroalimentan, a su vez, la acción de la “Brigada” en redes sociales, pues desde ellas informa de todos los encuentros, recaba el compromiso de los representantes políticos

⁹ V.gr. Ley de Justicia gratuita, seguimiento de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reforma del Registro Civil, propuestas de reforma del sistema de elección de miembros del CGPJ, etc.

¹⁰ A título ilustrativo vid. el estudio de los programas realizado con motivo de las últimas elecciones generales de junio de 2016: <https://labrigadatuitera.wordpress.com/2016/06/20/yovotojusticia-informado-programas-en-justicia-de-los-principales-partidos-politicos/>

con la causa y, sobre todo, controla en qué medida éstos lo cumplen en su actividad electoral y parlamentaria.

La referida dinámica de contactos políticos se intensifica a lo largo del año 2015 con el final de la X Legislatura en el horizonte, produciendo sus frutos más representativos. Por una parte, en el plano normativo, la presión social sobre las tasas judiciales lleva al Gobierno a derogar parcialmente la Ley 10/2012, eximiendo del pago de las mismas a las personas físicas, mediante el Real Decreto-ley 1/2015¹¹. Por su parte, en el terreno político y social, la reivindicación de la “Brigada” se mantiene en pro de la derogación total de las tasas, que tras la reforma se mantienen vigentes para pymes y ONGs. La disposición de las fuerzas políticas a asumir los planteamientos de la “Brigada” les lleva a abrir cauces de comunicación y colaboración directa con ella que se concretan y traducen en su actividad parlamentaria.

En un primer momento, los mensajes y argumentos del movimiento habían inspirado preguntas parlamentarias dirigidas al Ministro de Justicia en las sesiones de control al Gobierno¹². Sin embargo, la máxima expresión de dicha colaboración directa entre Brigada y Grupos Parlamentarios se producirá con el ofrecimiento, en septiembre de 2015, de un grupo de voluntarios andaluces a todas las fuerzas políticas con representación en el Parlamento de Andalucía de un texto base – de elaboración propia – de Proposición No de Ley (PNL) por la que se insta al Gobierno de la Nación a derogar en su totalidad las tasas judiciales. El texto de la PNL se difunde en internet por la “Brigada” como modelo a usar por las formaciones políticas que lo deseen en todas las asambleas parlamentarias autonómicas¹³. Se inicia así la influencia e inmersión más clara de la “Brigada” en la actividad parlamentaria, pues los grupos parlamentarios hacen suyo el texto de la PNL sin introducir apenas matizaciones, o

¹¹ Vid. art. 11 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE n. 51, 28/02/2015), por el que se modifica el art. 4.2 de la Ley 10/2012 introduciendo a las personas físicas entre los sujetos exentos del pago de las tasas.

¹² Sirvan de ejemplo las preguntas orales realizadas en febrero de 2015 por los senadores socialistas Antonio Rodríguez Esquerdo (Expdte. 680/000999): “Pregunta sobre la opinión del Gobierno en relación con que más de 8.000 juristas, entre jueces, fiscales y abogados, bombardearan el sábado 31 de enero las redes sociales, denunciando la lentitud de la justicia en las que se mostraban providencias con juicios señalados para los años 2017, 2018 y 2019”; y María de los Ángeles Marra Domínguez (Expdte. 684/069673): “El sábado 31 de enero de 2015, más de 8.000 juristas, entre ellos jueces, fiscales y sobre todo abogados, a los que se unió el Sindicato de Secretarios Judiciales y el Foro Judicial Independiente, denunciaron la lentitud de la justicia en España a través de la red social de Twitter con decenas de imágenes en la que se muestran providencias con juicios por despido señalados para 2019”.

¹³ El texto base de la Proposición No de Ley elaborado por la Brigada puede consultarse en <https://blog.josemuelas.org/2015/09/26/proposicion-no-de-ley-contra-las-tasas/>

delegando sin ambages su redacción en la “Brigada”. Asimismo, en su debate y defensa parlamentaria reconocen el origen ciudadano de la iniciativa y agradecen directa y personalmente a los voluntarios de la “Brigada” el impulso de la misma.

Con esos antecedentes, entre octubre de 2015 y abril de 2016 se producen en cascada la aprobación de similares Proposiciones No de Ley (o mociones) por los Parlamentos de autonómicos de Andalucía, Aragón, Navarra, Madrid, País Vasco, Castilla-La Mancha, Canarias, Murcia y Cantabria. De este proceso cabe destacar que las iniciativas parlamentarias fueron promovidas por diversas fuerzas políticas en los distintos Parlamentos (Ciudadanos, PSOE, Podemos, IU, Coalición Canaria), y que al menos en Andalucía, Madrid, País Vasco y Murcia fueron aprobadas con el apoyo explícito o tácito (vía abstención) de los parlamentarios del Partido Popular.

El clamor contra las tasas judiciales generado en gran medida en las redes sociales había accedido con fuerza a las cámaras parlamentarias autonómicas, y de ahí era imperativo dar el salto al Congreso de los Diputados. Así se hizo finalmente tras las elecciones generales de diciembre de 2015, y a través – en esta ocasión – de sendas Proposiciones de Ley impulsadas por los Grupos Parlamentarios de Ciudadanos, Partido Socialista y Podemos. La primera de ellas fue objeto de debate de toma en consideración el 19 abril de 2016, siendo aprobada por la práctica unanimidad del Congreso de los Diputados: 322 votos a favor y una abstención; incluyendo, obviamente, el apoyo explícito del Partido Popular que se aviene así definitivamente a considerar la reforma completa de la ley 10/2012. Los oradores de Ciudadanos, PSOE y Podemos hicieron referencia expresa en el debate a la “Brigada” como autora de hecho de la iniciativa¹⁴. Como no podría ser de otra manera, durante la sesión de Pleno, los voluntarios de la “Brigada” consiguen un nuevo *trending topic* mundial con el *hashtag*: #DerechosSinTasa, y una repercusión en prensa mucho mayor que en otras ocasiones.

A pesar del evidente éxito, éste resultó momentáneo, ya que el abrupto y pronto final de la XI Legislatura y la nueva convocatoria electoral (junio de 2016), hizo que la tramitación de la Proposición de Ley de Ciudadanos admitida a trámite, así como las de PSOE y Podemos, que no llegaron a ser tomadas en consideración, caducaran al producirse la disolución de las Cortes. A pesar de ello, la reconsideración plena de las tasas judiciales (también para pymes y ONGs) forma ya parte inevitable de la agenda política de la XII Le-

¹⁴ Vid. el texto de la Proposición de Ley en el BOCG. Congreso de los Diputados, Núm. B-19-1 de 04/03/2016; el acuerdo de toma en consideración en el BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-19-2 de 27/04/2016; así como el debate en el Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados Núm.10 de 19/04/2016.

gislatura, máxime tras la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su día por el PSOE contra la Ley 10/2010. La STC 140/2016, de 21 de julio, ha declarado la inconstitucionalidad de las tasas judiciales no en abstracto y términos generales sino por su desproporción y efecto materialmente impeditivo del ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia¹⁵, por lo que obliga al Legislador a una revisión de las mismas que, como poco, tendrá que afectar a sus cuantías, cuando no a su eliminación definitiva en los términos reivindicados por la “Brigada Tuitera”, primero, y la mayoría de fuerzas políticas, en segunda instancia y por influencia decisiva de esta última.

Finalmente, a lo largo de toda esta campaña de actuaciones – que actualmente continúa tanto en el frente de las tasas como en otros aspectos de la Justicia – el movimiento “Brigada Tuitera” ha desarrollado tanto en las redes como fuera de ellas una intensa y medida actividad divulgativa e informativa que ha tenido por objeto los argumentos de fondo de sus reivindicaciones¹⁶, por una parte, y las pautas de actuación del movimiento (técnicas de activismo en redes sociales), por otra. Tales eventos han servido para favorecer el encuentro personal entre activistas, mantener vivo el movimiento, consolidar sus argumentos, garantizar la efectividad de sus actuaciones y retroalimentar sus actividades online con nuevas iniciativas. De esta manera se ha logrado compatibilizar una unidad de acción con un movimiento de composición variopinta y organización transversal no jerarquizada, libre, proactiva y participativa.

3. Breves valoraciones jurídico-políticas del movimiento “Brigada Tuitera”

En un contexto de cuestionamiento de la democracia representativa y de urgente demanda de regeneración política, que encuentra en el 15-M su momento de eclosión más evidente, la experiencia aquí descrita del movimiento denominado “Brigada Tuitera” contra el establecimiento de tasas para el acceso a la Justicia, sugiere obligadas reflexiones sobre elementos esenciales de nuestro sistema de participación política. Sin perjuicio de una necesaria profundización que escapa del alcance de un trabajo de estas características, y de

¹⁵ Sobre el debate de fondo que plantean las tasas judiciales vid. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHÉO, FERNANDO (2014): “Tasas judiciales: entre principio de proporcionalidad y política de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, págs. 221-242; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, EDUARDO (2016): “Límites constitucionales a la inserción de tasas judiciales autonómicas. Comentario crítico a la STC 71/2014, de 6 de mayo”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, n. 1, págs. 77-394.

¹⁶ Para ello se ha servido de las aportaciones de juristas de reconocida competencia como magistrados, fiscales y académicos, entre los que ha destacado particularmente el catedrático de Derecho Procesal Prof. Andrés de la Oliva.

la cautela que impone el análisis de un caso muy concreto, pueden apuntarse las siguientes reflexiones:

1. Las posibilidades que ofrecen internet y las redes sociales para la generación de un libre y público debate de ideas, así como para la exposición eficaz de reivindicaciones ciudadanas, contrastan y sugieren una cierta relativización de las libertades públicas y derechos de participación política clásicos, como el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE) o el derecho de asociación (art. 22 CE). En efecto, la “Brigada Tuitera” ha forjado el éxito de sus reivindicaciones en su acción a través de las redes sociales con el mero ejercicio de las libertades de expresión e información (art. 20 CE). Sus actos presenciales han consistido en reuniones en locales cerrados o en concentraciones testimoniales frente a dependencias judiciales en todo el territorio nacional. Y no han necesitado constituirse en asociación para la defensa de sus intereses y la promoción de los mismos ante instituciones tan fundamentales como el Parlamento. Antes al contrario, parte de su éxito reside, precisamente, en su condición de movimiento transversal, no formalizado, generado por agregación espontánea de voluntarios, en muchos casos anónimos, que han coincidido con otros movimientos (v.gr. asociaciones y colegios profesionales) que, sin embargo, estando formalizados han visto neutralizado su – a priori – reconocimiento institucional como interlocutores válidos¹⁷.

No obstante algunos intentos de proyectar la configuración del derecho de reunión en el ámbito digital (CONTRERAS NAVIDAD, 2016), y sin perjuicio de la proyección online que pueden alcanzar las asociaciones y sus actividades, parece que la formación de la opinión pública y, en cierta medida, la propia participación política se sustentan pura y simplemente en las libertades de expresión e información. En la medida en que éstas se ejercen en nuestros días de forma decisiva e influyente en el contexto de internet y las redes sociales, deben extremarse las cautelas frente al control de contenidos y restricciones de aquéllas en el nuevo medio (BOIX PALOP, 2002).

2. El desarrollo de movimientos ciudadanos reivindicativos como el analizado contribuye a reubicar a los partidos políticos en la posición de intermediarios entre la sociedad civil y el poder político que corresponde a su naturaleza y razón de ser histórica. De esta forma, se corrigen las perversas tendencias – denunciadas en los últimos años – que han llevado en ocasiones a los partidos políticos a aislarse del sentir ciudadano, encerrados en sus dinámicas

¹⁷ Sobre la eficacia de los procesos participativos institucionalizados a los que están llamados agentes formales de la sociedad civil vid. GARCÍA-ESPÍN, PATRICIA & JIMÉNEZ SÁNCHEZ, MANUEL (2017): “Los procesos participativos como potenciadores de democracia. Explorando los efectos, mecanismos y evidencias en la sociedad civil”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 177, págs. 113-146.

internas; o bien a neutralizar cualquier iniciativa procedente de la sociedad civil, apropiándose de ella o condicionando su éxito a peajes políticos que acaban por desvirtualla y desincentivarla.

Las condiciones de comunicación con la denominada clase política que ofrece la red, junto al particular modo en que se ha desempeñado la “Brigada Tuitera” (dirigiéndose por igual a todas las fuerzas políticas sin excepción, ejerciendo un férreo y transparente escrutinio público de sus actuaciones, manteniendo su autonomía frente a partidos y medios de comunicación...), ha permitido que en este concreto caso se desarrolle una virtuosa dinámica entre partidos y sociedad civil. Así, ha resultado evidente el desencadenamiento de una cierta competencia entre los partidos políticos por mostrarse sinceramente receptivos a asumir los planteamientos de los activistas, hasta el punto de delegar en ellos la redacción misma de iniciativas parlamentarias o incluir en sus programas electorales las concretas reivindicaciones del movimiento. La naturaleza difusa y no formalizada del mismo, junto con su libre desarrollo en el contexto online, han hecho posible que el control de la reivindicación haya permanecido en todo momento en manos de los propios activistas, esto es, de la sociedad civil “digitalmente movilizada” sin riesgo de ser sustraído o mediatizado por los medios de comunicación tradicionales o los partidos políticos. Ambos, se han visto obligados a asomarse al “ágora virtual” que parece constituir actualmente las redes sociales, donde la tradicional hegemonía que ambos agentes ostentaban en el mundo analógico resulta desdibujada.

3. La movilización de la sociedad civil a través de las redes sociales puede constituir un importante revulsivo para la actividad parlamentaria, en la medida en que incorpora nuevos cauces de comunicación que permiten acercar la relación de los ciudadanos con sus representantes políticos, particularmente parlamentarios. En concreto, el caso de la “Brigada Tuitera” ha generado un extraordinario impacto en términos de actividad parlamentaria que en raras ocasiones se produce a raíz de un movimiento ciudadano. Por una parte, se ha sorteado la restricción a la materia tributaria que impedía el recurso a la Iniciativa Legislativa Popular (*ex art. 87.3 CE*) como instrumento participativo y reivindicativo idóneo para la supresión de las tasas judiciales. Por otra, se han revitalizado las Propositiones No de Ley dando un giro a su uso parlamentario tradicionalmente inocuo e inútil en el marco de unas relaciones entre mayoría y minoría poco constructivas¹⁸. El hecho de que las PNL sean

¹⁸ Sobre las PNL vid. ARROYO DOMÍNGUEZ, JESÚS (2005): “Apuntes sobre la proposición no de ley: concepto y práctica parlamentaria”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n. 16, págs. 135-152; FIGUEROA LARAUDOGOITIA, ALBERTO (2016): “Las proposiciones no de ley”, en SARMIENTO MENÉNDEZ (coord.): *Manual AELPA del parlamentario*, Wolters Kluwer, págs. 453-458.

reflejo directo de propuestas ciudadanas, y así sean defendidas y expuestas por los oradores en la tribuna, como representantes directos y efectivos de sus autores, da una nueva dimensión a la función parlamentaria de orientación de la acción de Gobierno. Además, el hecho de que la iniciativa de la “Brigada Tuitera” se haya traducido en tres Propositiones de Ley formalmente presentadas por sendos Grupos Parlamentarios, pero materialmente inspiradas y en gran medida elaboradas por el movimiento ciudadano, pone de manifiesto que la posibilidad real (vía redes sociales) de establecimiento de una conexión fluida entre representantes y representados puede resultar suficiente para que éstos últimos adquieran un protagonismo efectivo en la actividad parlamentaria, incluida la legislativa. Finalmente, no es baladí el dato de que toda la actuación de la “Brigada”, cuyos resultados prácticos son evidentes, se haya desarrollado por cauces de participación libres e informales. Ello obliga a relativizar en parte y tomar con cautela la necesidad de las actuales propuestas reformistas, actualizadoras o creadoras de instituciones y procedimientos que intentan reconocer el papel de internet y las redes sociales y formalizar la participación política que puede articularse a través de ellas. Tal sería el caso de algunas propuestas de nuevas modalidades y articulación práctica del referéndum, la iniciativa legislativa popular o la iniciativa ciudadana europea (ESPA LIÚ BERDUD, 2015). Resulta significativo en tal sentido que, al margen de su campaña contra las tasas judiciales, la “Brigada Tuitera” no se haya planteado en ningún caso recurrir a la promoción de una Iniciativa Legislativa Popular, pues sus reivindicaciones han alcanzado éxito recurriendo a fórmulas de actuación alternativas.

Aceptando que la experiencia descrita de la “Brigada Tuitera” se trata de un caso concreto que tiene limitadas por ello sus posibilidades de proyección, y cuyo éxito puede explicarse en gran medida en la unanimidad y sencillez de su reivindicación (la derogación de una norma de impacto social general); y aceptando que la llamada democracia “digital” o “electrónica” presenta sus riesgos, dudas y retos, debe reconocerse que hasta el momento, el caso de la “Brigada” ha constituido una experiencia ejemplar donde concurren de forma equilibrada las dimensiones participativa, deliberativa y representativa de la democracia (MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, 2015). En el caso analizado, la sociedad civil ha debatido, se ha movilizadado y expresado sus reivindicaciones; y los agentes políticos han actuado como receptores, intérpretes e intermediarios de aquélla llevando su posición al Parlamento. Puede parecer simplista, pero cuando todo vuelve a su ser, esto es, cuando cada agente ejerce correcta y eficazmente su función natural parece que el no tan “viejo” sistema democrático funciona. Convendrá tenerlo en cuenta como elemento de contraste en momentos de euforia reformista.

Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando (2014): “Tasas judiciales: entre principio de proporcionalidad y política de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, págs. 221-242.

ARROYO DOMÍNGUEZ, Jesús (2005): “Apuntes sobre la proposición no de ley: concepto y práctica parlamentaria”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n. 16, págs. 135-152.

BENKLER, Yochai (2015). *La Riqueza de las Redes. Cómo la producción social transforma los mercados y la libertad*. Barcelona: Icaria Editorial. Disponible en http://www.icariaeditorial.com/pdf_libros/la%20riqueza%20de%20las%20redes.pdf

BOIX PALOP, Andrés (2002). “Libertad de expresión y pluralismo en la red”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, pp. 133-180.

CASCAJO CASTRO, José Luis & MARTÍN DE LA VEGA, Augusto (2016). *Participación, representación y democracia: XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant lo Blanch.

CONTRERAS NAVIDAD, Salvador (2016). *El derecho de reunión virtual*. Tirant lo Blanch.

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier (2012). *Metodología y codificación de la acción micropolítica. Acciones políticas ciudadanas en internet*. Facultad de Filosofía. Universidad Complutense de Madrid, disponible en http://derecho-internet.org/docs/2012-09-09_metodologia-codificacion-acciones-micropoliticas.pdf

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier (2014). *Pragmáticas tecnológicas ciudadanas y regeneración democráticas*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, disponible en <http://eprints.ucm.es/28898/1/T35803.pdf>

ESPALIÚ BERDUD, Carlos (2015). “La relevancia de los medios digitales en la Iniciativa Ciudadana Europea”. *IDP: revista de Internet, derecho y política*, n. 21.

FALKVINGE, Rickard (2013). *Swarmwise. The tactical manual to changing the world*, disponible en <http://falkvinge.net/files/2013/04/Swarmwise-2013-by-Rick-Falkvinge-v1.1-2013Sep01.pdf>

FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto (2016): “Las proposiciones no de ley”, en Sarmiento Menéndez (coord.): *Manual AELPA del parlamentario*, Wolters Kluwer, págs. 453-458.

GARCÍA ESPÍN, Patricia & JÍMENEZ-SÁNCHEZ, Manuel (2017): “Los procesos participativos como potenciadores de la democracia. Explorando los efectos, mecanismos y evidencias en la sociedad civil”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n. 177, págs. 113-146.

GARCÍA-ESPÍN, Patricia & JÍMENEZ SÁNCHEZ, Manuel (2017): “Los pro-

cesos participativos como potenciadores de democracia. Explorando los efectos, mecanismos y evidencias en la sociedad civil”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 177, págs. 113-146.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (2014). *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*. Comares.

MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, Máriam (2015). “Democracia y redes sociales: el ejemplo de *Twitter*”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n. 168, págs. 175-198.

QUINTANA, Inma (1999): “El lobby en España: un desarrollo singular” y “Política y sociedad. El lobby en España. Conclusiones”, ambos en VV.AA.: *¿Existe sociedad civil en España?: responsabilidades colectivas y valores públicos*, Fundación Caja de Madrid, ONCE y Fundación Encuentro, págs. 408-415 y 425-426 (respectivamente).

RODRÍGUEZ TORRES, Cecilia (2016): “Marco regulatorio de las actividades de los lobbies en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 39.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo (2016): “Límites constitucionales a la inserción de tasas judiciales autonómicas. Comentario crítico a la STC 71/2014, de 6 de mayo”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, n. 1, págs. 77-394.

LA RESPUESTA CIUDADANA A LA CRISIS DE REPRESENTACIÓN.
LAS AGRUPACIONES DE ELECTORES COMO FORMA
DE PARTICIPACIÓN FRENTE
A LA HEGEMONÍA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

*Marta León Alonso**

SUMARIO: 1. El contexto del descontento. – 2. Los efectos de la crisis sobre los partidos políticos y la democracia representativa. Algunas propuestas gubernamentales para la regeneración democrática. – 3. La institucionalización de la indignación. – 3.1. La regulación del derecho de sufragio pasivo de las agrupaciones de electores – 3.2. Los obstáculos legales para la participación de las formaciones políticas extraparlamentarias en las elecciones. Referencias bibliográficas.

1. *El contexto del descontento*

¿Qué ocurriría si la ciudadanía decidiera de manera espontánea expresar su hastío de la clase política votando masivamente en blanco? Este es el escenario que describe José SARAMAGO en su *Ensayo sobre la lucidez* (2004). La narración comienza con las siguientes palabras: “Mal tiempo para votar”. Quien expresa esta queja parece aludir al tiempo atmosférico, ya que al principio de la historia una lluvia torrencial cae sobre la ciudad durante la jornada electoral. Sin embargo, ese “mal tiempo para votar” se refiere a la situación política del país. Durante las elecciones en esta ciudad sin nombre, la mayoría de sus habitantes opta por ejercer su derecho de sufragio de forma inesperada: más del setenta por ciento vota en blanco. El gobierno, que tacha de antipatriotas a los votantes, ordena repetir las elecciones. Una semana después el voto en blanco aumenta hasta un ochenta y tres por ciento. La altura moral y la tranquilidad de la ciudadanía contrasta con el nerviosismo de la clase política, desconcertada por lo que está ocurriendo. Miles de personas de todas las edades, ideologías y condiciones sociales, manifiestan su descontento cívicamente acudiendo a las urnas. El gobierno teme que este gesto revolucionario sea fruto de una conjura de grupos extremistas y ante la gravedad de los hechos decreta el estado de sitio, interviene los medios de comunicación e incluso organiza un atentado en el metro de la ciudad. El

* Profesora Contratada Doctora. Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (España).

lado oscuro del poder se pone en marcha: los culpables tienen que ser eliminados. Y si no se hallan, se inventan.

El relato de SARAMAGO nos da pie para reflexionar sobre las reacciones de los poderes constituidos ante las acciones del pueblo soberano, que cansado de sus representantes decide utilizar las urnas para defenderse del poder, ejerciendo la resistencia constitucional en el sentido definido por VITALE (2012). Si un estado tiene una constitución – entendida como ley fundamental que declara inalienables un conjunto de derechos y los garantiza a través de un sistema de pesos y contrapesos institucionales inspirados en el principio de la separación de los poderes –, la resistencia está justificada cuando lo que se propone es restablecer principios y normas que han sido total o parcialmente ignorados por quien ejerce la soberanía (VITALE 2012: 4). Los votantes del *Ensayo* de SARAMAGO no están llevando a cabo un acto de desobediencia civil, que es una forma de protesta no violenta pero ilegal, que busca hacer presión a quien detenta el poder político con el fin de que modifique decisiones o normas que se consideran injustas. (VITALE 2012: 28). Los votantes de SARAMAGO ejercen su derecho de resistencia para proteger el orden constitucional frente a formas debilitadoras o desgastadoras que perjudican el ordenamiento jurídico y la realidad social.

El despertar político de la ciudadanía lo ha provocado una crisis poliédrica que ha menoscabado los derechos y ha generado el incremento de la vulnerabilidad. Los ciudadanos vivimos procesos y estados de inseguridad e inestabilidad que condicionan y dificultan la integración social y el mantenimiento del estándar de vida que se consideraba normal antes del estallido de la crisis. Se ha producido un tránsito desde una situación previa – en la que se disfrutaba de una relativa seguridad en el marco del Estado del bienestar –, hasta la experiencia actual de la fragilidad, condicionada por la situación económica.

Por otro lado, la ciudadanía ha presenciado cómo a lo largo de la X Legislatura (2011-2015) se aprobaron, utilizando la llamada legislación de urgencia, cerca de setenta y cinco decretos-leyes que han afectado a los cuatro pilares sobre los que se levanta el Estado social: el sistema de educación pública, el sistema de Seguridad Social, el Sistema Nacional de Salud, y el Sistema para la autonomía y atención a la dependencia. Con estas medidas, el Estado del bienestar se encamina hacia un Estado de beneficencia, en el que el principio de solidaridad se ve desplazado por el principio de la caridad y el concepto de “titular” de los derechos se sustituye por el de “asegurado” o “beneficiario” de los sistemas asistenciales.

Estos cambios, lejos de ser anecdóticos, son la expresión de una involución del modelo de Estado. Las reformas acometidas no son

coyunturales ni temporales, sino estructurales. Términos como *desconstitucionalización*, *fraude*, *mutación* o *quebrantamiento* de la Constitución, han proliferado de un tiempo a esta parte entre la doctrina para describir el proceso de vaciamiento de la norma fundamental. ÁLVAREZ CONDE (2013:115) denuncia que la Constitución no puede ser objeto de una expropiación conceptual y de contenido como consecuencia de las sucesivas crisis económicas. Ante este deterioro progresivo, se ha reabierto el debate sobre cómo salvaguardar el orden constitucional, ya que los instrumentos clásicos de defensa – la reforma constitucional y el control de constitucionalidad –, parecen no estar dando una respuesta satisfactoria.

La reforma constitucional, que introdujo en el art.135 CE el principio de estabilidad presupuestaria y la garantía del pago de la deuda soberana, marcó el inicio del proceso de *desconstitucionalización*. Se hizo sin respetar los requisitos procedimentales y los límites materiales previstos en el ordenamiento jurídico y sus consecuencias han ido más allá del art.135, pues también se ha modificado en su esencia el art. 1.1 CE, que contiene una de las normas troncales y constitutivas del Estado. La nueva redacción del art.135 CE es lo que la doctrina francesa denomina un “fraude constitucional”, que consiste en crear un nuevo régimen político y un modelo constitucional diferente, sin romper, en apariencia, con el orden jurídico establecido (DE VEGA GARCÍA, 1985). El cambio en el modelo de Estado se perpetra sin contar con el titular de la soberanía, sin respetar los límites que impone el Estado de Derecho e ignorando el principio democrático, que no se puede identificar única y exclusivamente con el gobierno de la mayoría.

Respecto al control de constitucionalidad como mecanismo de defensa, el Tribunal Constitucional español, en la llamada “jurisprudencia de la crisis”, no se ha limitado a utilizar el parámetro normativo-constitucional para enjuiciar la validez de las decisiones de los poderes públicos, sino que ha introducido juicios de oportunidad y elementos extrajurídicos, como la coyuntura económica. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en la STC 119/2014, de 16 de julio, que resuelve el recurso planteado contra la reforma laboral y en la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016, en la que se invoca el contexto económico como criterio para valorar la decisión del Gobierno de modificar el carácter universal del Sistema Nacional de Salud. En estas sentencias el Tribunal Constitucional no hace un juicio de validez, sino de oportunidad. REQUEJO RODRÍGUEZ (2015:418) explica que las circunstancias económicas adquieren tal protagonismo en la fundamentación, que lo fáctico y coyuntural parecen imponerse por sí solos, o cuanto menos condicionan la elección y el alcance del parámetro jurídico que el Tribunal Constitucional toma como referencia para resolver. Cuando se trata de hacer un juicio de

constitucionalidad de medidas limitativas de derechos fundamentales, lo correcto no es apoyarse en la ley impugnada o en el contexto económico y social, sino en la Constitución. Las restricciones de derechos sólo resultan admisibles cuando hay que salvaguardar de manera proporcionada otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, y para ello se deberá acreditar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas enjuiciadas.

Si, como hemos visto, los instrumentos clásicos de defensa no resultan del todo eficaces en su tarea de proteger el orden constitucional ¿cuáles son las posibles vías alternativas o complementarias de solución que proponen los movimientos sociales y el mundo político-jurídico frente a la *desconstitucionalización*? PISARELLO (2012:7) las resume de la siguiente manera: “[a]lgunas llaman a resistir las políticas de austeridad en nombre de las Constituciones vulneradas. Otras, enfatizan la necesidad de reformar los marcos vigentes con el objeto de remover los obstáculos que permitirían una mayor profundización democrática. Y otras, por fin, defienden la necesidad de crear las condiciones para un escenario de ruptura que permita poner en marcha procesos constituyentes populares que contrarresten el embate desconstituyente de las actuales oligarquías económicas y políticas”. Estas tres estrategias (resistencia, reforma constitucional y procesos constituyentes) pueden combinarse, sobre todo las dos primeras. La resistencia constitucional puede convivir con propuestas parciales de reforma en aspectos básicos, como, por ejemplo, el refuerzo de los derechos sociales o una regulación más amplia y completa de la intervención del Estado en la economía. Respecto a la posibilidad de iniciar un proceso constituyente, que sería la tercera de las salidas planteadas, no consideramos que sea la más acertada. Y ello porque el problema más acuciante del que adolece nuestra Norma Fundamental no es de contenido, sino de eficacia. Si bien es cierto que “[...]un pueblo tiene siempre derecho a revisar, reformar o cambiar su Constitución y que una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras” (Constitución francesa de 1791), también lo es que cualquier intento en este sentido está abocado al fracaso si no se acepta como premisa el valor y la fuerza jurídico-vinculante de la Constitución.

2. Los efectos de la crisis sobre los partidos políticos y la democracia representativa. Algunas propuestas gubernamentales para la regeneración democrática

Como hemos apuntado, la crisis ha generado un aumento de las

desigualdades sociales y ha puesto en serio peligro el modelo de Estado constitucional. Los ciudadanos han responsabilizado a la clase política de no haber sido capaz de preverla y de haberla gestionado sin criterios de equidad. Decisiones como la reforma constitucional española del art. 135 y el abuso de la legislación de urgencia durante la X Legislatura, han provocado la reacción no sólo de la ciudadanía, sino también de la doctrina más crítica que ha llegado incluso a afirmar que los enemigos reales del Estado social y democrático de Derecho no son los denominados peyorativamente “anti-sistema”. Los verdaderos enemigos del orden constitucional hoy forman parte de las estructuras del poder (DE CABO MARTÍN, 2013:8).

La desafección y la pérdida de confianza de los ciudadanos en la clase política es una de las causas del deterioro de la democracia representativa. La Constitución de 1978 atribuyó a los partidos una posición hegemónica al configurarlos como el instrumento fundamental de participación política (art. 6 CE). Explica TAJADURA TEJADA (2015:22) que para fortalecerlos se optó por estimular la concentración del poder en un reducido grupo de personas, de manera que la estructura y el funcionamiento de los partidos sólo pueden ser considerados democráticos formalmente. En este sentido el profesional de la política está más preocupado por su relación con la cúpula, que es quien decide quiénes van en las candidaturas, que por su relación con los votantes. Este comportamiento ha debilitado el necesario vínculo de confianza entre electores y elegido. Los representantes no se sienten ligados con su electorado, sino con la dirección del partido que los incluyó en las listas, con lo cual el mandato representativo se vacía de contenido. Por otro lado, y aunque los partidos políticos estén en el epicentro de la sacudida, sus efectos alcanzan también a otros órganos del Estado. La Constitución previó una serie de instituciones que, por su propia naturaleza, debían ser ajenas a lo lógica partidista. El Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal de Cuentas debían gozar de una absoluta independencia, para poder ejercer funciones de control básicas para la preservación del Estado constitucional. Sin embargo, estas instituciones han sido colonizadas por los partidos políticos. De manera que cuando el sistema de partidos ha entrado en una crisis de credibilidad, también las instituciones del Estado han sido presa del mismo descrédito. Las hemerotecas están repletas de episodios en los que estos órganos han quedado en entredicho y se han visto salpicados por la degeneración democrática, cuyo síntoma más visible es la falta de ética.

Según los barómetros del CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS) la corrupción es el segundo motivo de preocupación de los españoles; y

los políticos y los partidos alcanzan una destacada tercera posición en el ranking. Sólo el paro supera al desprestigio de la clase política y a la corrupción como principales problemas de la sociedad española¹.

Ante la percepción de un distanciamiento entre los ciudadanos y las instituciones, el Consejo de Ministros español aprobó en su reunión del 20 de septiembre de 2013 el llamado *Plan de Regeneración Democrática*. Se trata de un documento que contiene un amplio catálogo de medidas para luchar contra la corrupción y mejorar los mecanismos jurídicos de prevención y de respuesta. El Plan pivota sobre tres ejes de actuación: el control de la actividad económica de los partidos políticos, la regulación del ejercicio de cargo público de la Administración general del estado y la respuesta penal contra la corrupción². Este Plan y las medidas que en él se incluyen han recibido las críticas de la doctrina. En primer lugar, y como ha señalado VAQUER CABALLERÍA (2014), la degeneración democrática o la falta de calidad democrática así como la corrupción, son problemas de ética pública, y siendo problemas de ética pública, es decir, no estrictamente legales, las soluciones legislativas tienen una eficacia limitada. En segundo lugar, ante este ambicioso Plan de Regeneración, da la sensación de estar presenciando un nuevo episodio de *gatopardismo* político. Se retoca la parte superficial de los problemas, sin querer entrar en el fondo de los mismos. En tercer lugar, la mayoría de las medidas propuestas confían precisamente la solución a los propios partidos políticos, que son los causantes del problema y que desean, a toda costa, mantener su *status quo* (GARRORENA MORALES, 2015). En cuarto, y último lugar, la regeneración democrática no puede basarse exclusivamente en la lucha contra la corrupción. La regeneración implica la democratización de los partidos, el establecimiento de nuevos límites y de controles sobre los poderes constituidos y, por último, como ha señalado PRESNO LINERA (2001), hay que propiciar que el pueblo gobernado sea en la mayor medida posible pueblo gobernante.

¹ Los barómetros se realizan con una periodicidad mensual y tienen como principal objetivo medir el estado de la opinión pública española del momento. Están disponible en http://www.cis.es/cis/open/cm/ES/11_barometros/index.jsp.

² Como resultado de este Plan se aprobaron la *Ley 19/2013*, de 9 de diciembre, de *transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, la *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de marzo, por la que se modifica la *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, del *Código Penal*, que introduce una serie de previsiones de lucha contra la corrupción, y por último la *Ley 3/2015*, de 30 de marzo, *reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*.

3. *La institucionalización de la indignación*

Al grito de “¡Comprometeos! No basta con indignarse!” Stéphane HESSEL exhortó en 2011 a la ciudadanía a dar un paso adelante. La indignación, explica Adela CORTINA (2013:145), nace como una respuesta emocional ante una realidad que se considera injusta. La indignación es una especie de sexto sentido que nos permite percibir las iniquidades. Pero una vez detectadas, se hace necesario buscar las vías para acabar con ellas. Hay que transformar la indignación en acción. El *Movimiento 15M*, que en España ha sido la máxima expresión de protesta contra el *establishment*, ha dado paso a otras formas de resistencia. Se han abandonado las plazas para tratar de llegar a los escaños, creando nuevos partidos o utilizando la figura de las agrupaciones de electores, y defender el orden constitucional desde las instituciones representativas y concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular. Según el Registro de Partidos Políticos, dependiente del Ministerio del Interior, desde el 1 de enero de 2011 al 1 de enero de 2016, se han creado 1188 nuevos partidos. Sobre las agrupaciones de electores que se han constituido, al no existir un registro, es difícil conocer el número total de las que se han presentado a las elecciones en el último lustro. Sí que se puede comprobar, a través de los resultados electorales de las elecciones de 2011 y de 2015, que en el ámbito municipal ha habido un sensible incremento del número de concejales vinculados a agrupaciones de electores. Ahora bien, el ejercicio del derecho de sufragio por estas formaciones políticas – partidos políticos extraparlamentarios y agrupaciones de electores –, no resulta en absoluto fácil, sobre todo cuando los poderes constituidos reaccionan blindando su posición utilizando, entre otras vías, la reforma de la legislación electoral bajo la excusa de garantizar la gobernabilidad.

Antes de analizar alguna de esas reformas, conviene recordar que el CONSEJO DE ESTADO en su *Informe sobre las propuestas de modificación del régimen electoral* (2009), aclara que la calidad democrática de un país depende, en gran medida, de la capacidad de su sistema electoral para generar adecuadamente la representación política de la sociedad. Para ello las normas que regulan las elecciones han de responder a una doble exigencia. En primer lugar, se deben establecer reglas de juego igualitarias y neutrales para que la democracia a la que sirven no se vea cuestionada. En segundo lugar, se exige que las elecciones generen un órgano que represente realmente, y no sólo formalmente, al cuerpo electoral.

3.1. La regulación del derecho de sufragio pasivo de las agrupaciones de electores

Las agrupaciones de electores son una forma de participación política en los procesos electorales prevista por la legislación española que permite a un grupo de ciudadanos presentar una candidatura y concurrir a los comicios, ejerciendo, al margen de los partidos políticos, su derecho fundamental de sufragio pasivo. Aunque la Constitución española de 1978 no hace referencia alguna a esta institución, su existencia se deriva del principio democrático, como así lo ha entendido el legislador al prever en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), que además de los partidos políticos, puedan presentar candidaturas las agrupaciones de electores que reúnan los requisitos establecidos por las disposiciones especiales (art. 44.1 LOREG). Como en esta Ley no se hace una regulación sistemática de esta institución ha sido necesaria la intervención de la Junta Electoral Central que, a través de sus instrucciones y resoluciones de carácter vinculante, ha completado su estatuto jurídico.

a) Requisitos formales.

La creación de las agrupaciones de electores está supeditada a la convocatoria de elecciones. La iniciativa para su constitución la toman los promotores, que son quienes impulsan la presentación de candidaturas que deberán estar avaladas por un número determinado de firmas debidamente acreditadas de ciudadanos inscritos en el censo. El número de firmas exigido varía según el tipo de elección³. Cada vez que se quiera presentar una candidatura, se habrá de proceder a una nueva recogida de firmas, para lo cual se dispondrá de un plazo de veinte días

³ En las elecciones del Congreso de los Diputados y del Senado, las agrupaciones de electores necesitarán al menos la firma del uno por ciento de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción provincial (art. 169.3 LOREG). Para las elecciones municipales, el número de firmas requerido depende de la población de cada municipio y se determinará conforme a los criterios previstos en el art. 187.3 LOREG. Este precepto establece el siguiente baremo: a) En los municipios de menos de 5.000 habitantes no menos del 1 por 100 de los inscritos siempre que el número de firmantes sea más del doble que el de Concejales a elegir. b) En los comprendidos entre 5.001 y 10.000 habitantes al menos 100 firmas. c) En los comprendidos entre 10.001 y 50.000 habitantes al menos 500 firmas. d) En los comprendidos entre 50.001 y 150.000 habitantes al menos 1.500 firmas. e) En los comprendidos entre 150.001 y 300.000 habitantes al menos 3.000 firmas. f) En los comprendidos entre 300.001 y 1.000.000 de habitantes al menos 5.000 firmas. g) En los demás casos al menos 8.000 firmas. Para las elecciones del Parlamento Europeo será necesario el apoyo de 15.000 electores inscritos en la circunscripción electoral, que en este caso coincide con todo el territorio del Estado (art. 220.3 LOREG). Por último, en las elecciones autonómicas se deja en manos de cada Comunidad fijar ese número, aunque la regla general que se aplica es la del uno por ciento de los electores de la correspondiente circunscripción electoral.

desde la convocatoria de las elecciones (art. 45 LOREG). La agrupación de electores quedará formalmente constituida con la presentación de la candidatura ante la Administración electoral.

Se señala en la LOREG que ningún elector puede dar su firma para la presentación de varias candidaturas (art. 46 LOREG). Las candidaturas presentadas por agrupaciones de electores deben acompañarse de los documentos acreditativos del número de firmas legalmente exigido para su participación en las elecciones. La acreditación de la identidad de todos y cada uno de los electores, que con sus firmas avalen la presentación de una candidatura independiente, en el caso de las elecciones municipales ha de realizarse mediante acta notarial o por el Secretario de la Corporación municipal, que dará fe de la autenticidad de las firmas. En el resto de procesos (elecciones generales y europeas) desde 2011 la verificación corresponde a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral. Sobre esta cuestión, volveremos más adelante.

Cada candidatura propuesta por una agrupación de electores es independiente de cualquier otra y su ámbito ha de ser el de la circunscripción electoral correspondiente. No cabe, por lo tanto, la constitución de coaliciones de agrupaciones de electores ni de éstas con partidos políticos. Sólo podrían federarse para realizar propaganda en los medios de titularidad pública (art. 64.4 LOREG).

b) Requisitos materiales.

En la reciente historia española, la imagen de las agrupaciones de electores ha estado vinculada a la actividad de aquellos partidos que habían sido previamente ilegalizados en aplicación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (LOPP). Tras la ilegalización en 2003 de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna (HB-EH-Batasuna), sus seguidores intentaron utilizar la vía de las agrupaciones de electores para presentar candidaturas. Ante este hecho fraudulento, se endurecieron los requisitos legales para su constitución y la Ley electoral fue modificada por influencia de la Ley de partidos políticos. En concreto el art. 44.4 LOREG señala que “[...] no podrán presentar candidaturas que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento, de las personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión”.

La proyección de la Ley de partidos políticos sobre la Ley electoral es, en opinión de PÉREZ ROYO (2003), de una inconstitucionalidad manifiesta porque las agrupaciones de electores no constituyen un ejercicio del derecho de asociación, sino del derecho de participación política, que no puede ser limitado como consecuencia de la restricción del ejercicio del derecho de asociación. A través del art. 44.4 LOREG se cercena un derecho fundamental de los ciudadanos, no privados judicialmente de sus derechos políticos, ni sujetos a ninguna de las causas de inelegibilidad previstas por la Ley (art. 6 LOREG). Hay que insistir, como lo hace el propio Tribunal Constitucional, en que partidos políticos y agrupaciones de electores son entidades difícilmente equiparables. Así en la STC 85/2003 (FJ 24) se afirma que “no son realidades equivalentes; ni siquiera equiparables. Unos y otras son instrumento de participación política. Pero, el primero lo es de participación política de ciudadanos que le son ajenos, en tanto que éstas lo son de ciudadanos que las constituyen [...]”. El Tribunal Constitucional no ignora “[...] las dificultades que conlleva todo intento de equiparación conceptual entre los partidos políticos y las agrupaciones electorales. Por tratarse de realidades que no son equivalentes, ni siquiera equiparables” (STC 68/2005, FJ 10). Su existencia se deriva del ejercicio de dos derechos fundamentales diferentes. Los partidos políticos gozan de la “[...] doble condición de instrumentos de actuación del derecho subjetivo de asociación, por un lado, y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático” (STC 48/2003, FJ 5). Las agrupaciones de electores son “verdaderos instrumentos de participación política que agotan su sentido en la actualización del ejercicio de sufragio pasivo por parte de los particulares que en ellas se agrupan” (STC 85/2003, FJ 25); formaciones cuya existencia está temporalmente limitada, pues “con su prolongación en el tiempo, la agrupación electoral perdería la naturaleza efímera que es común a las agrupaciones de electores y pasaría a asimilarse a un partido político, [...]” (STC 85/2003, FJ 25 y STC 99/2004, FJ 15). Para salvar las dudas sobre la constitucionalidad del art. 44.4 LOREG, que parece a primera vista incluir una causa de inelegibilidad, el Tribunal Constitucional concluye en la STC 85/2003 que no estamos ante una causa restrictiva del derecho de sufragio pasivo, lo que sí sería del todo inconstitucional, sino ante el mecanismo de protección conocido como garantía institucional, que trata de evitar que las agrupaciones de electores se desnaturalicen⁴.

⁴ Sobre la relación entre partidos políticos y agrupaciones de electores, vid. SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2003:109-140); PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel (2004: 339-374) y SERRANO MAÍLLO, María Isabel (2005: 435-452).

3.2. Los obstáculos legales para la participación de las formaciones políticas extraparlamentarias en las elecciones

El despertar de la ciudadanía ha provocado la reacción de los poderes constituidos que buscan introducir trabas legales al acceso de nuevas formaciones políticas a los órganos de representación. En la IX Legislatura (2008-2011) se modificó la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, tras un proceso de estudio en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso que concluyó de forma precipitada en vísperas de las elecciones locales y autonómicas de 2011. La tramitación de la reforma fue peculiar y el resultado final se plasmó en dos leyes orgánicas, la Ley Orgánica 2/2011 y la Ley Orgánica 3/2011, que han incidido en cuestiones como el censo electoral, el voto de los españoles residentes en el extranjero, la publicidad durante la campaña, la adopción de medidas para evitar el transfuguismo, la modificación del control jurisdiccional de las candidaturas, o la introducción de la llamada “incompatibilidad política sobrevenida”.

Uno de los aspectos más controvertidos de esta reforma han sido las medidas de blindaje del bipartidismo. Medidas que rompen las reglas del juego a las que se refiere el CONSEJO DE ESTADO en su informe de 2009 sobre la calidad democrática, ya que introducen normas que no son ni iguales ni neutrales. La Ley electoral cuenta desde 2011 con un nuevo requisito exigible sólo a “partidos, federaciones o coaliciones que no hubieran obtenido representación en ninguna Cámara en la anterior convocatoria de elecciones” (art. 169.3 LOREG). Estos sujetos políticos para presentar candidaturas “necesitarán la firma de al menos el 0,1% de los electores inscritos en el censo electoral de la circunscripción por la que pretendan su elección” (art. 169.3 LOREG). Antes de la reforma electoral de 2011, la presentación de avales ya era una condición que debían cumplir las agrupaciones de electores en todos los comicios. Esta obligación también estaba prevista para los partidos, coaliciones y federaciones que quisieran presentar candidaturas en las elecciones al Parlamento Europeo, para lo cual debían acreditar las firmas de 15.000 electores, o bien suplir este aval por las firmas de cincuenta cargos electos, ya sean Diputados, Senadores, Diputados españoles del Parlamento Europeo, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o miembros de las Corporaciones Locales (art. 220 LOREG). Lo novedoso de la reforma de 2011 es que ahora la exigencia de firmas se aplica en las elecciones del Congreso y del Senado, pero sólo se requiere su cumplimiento a los partidos, federaciones o coaliciones que no hubieran obtenido representación en ninguna de las Cámaras en la anterior

convocatoria electoral. Es decir, se hace una distinción entre fuerzas políticas parlamentarias y extraparlamentarias, que perjudica a estas últimas.

La reforma se hizo con tanta prisa⁵ que el legislador olvidó regular cómo iba a ser el procedimiento de recogida de firmas y el control de avales. Para subsanar este olvido, tuvo que intervenir la Junta Electoral Central el 17 de septiembre de 2011, a tan sólo diez días de la convocatoria de las elecciones generales, y emitir una instrucción sobre dicho procedimiento. En esta Instrucción se unifican los criterios para la recogida y comprobación de avales en las elecciones generales y europeas, pero se mantiene un procedimiento diferente para las elecciones municipales, en las que los avales sólo son exigidos, por ahora, a las agrupaciones de electores. Con lo cual en la actualidad coexisten dos sistemas de control: el que se utiliza en las elecciones generales y europeas y el que se utiliza en las elecciones municipales, al que ya nos hemos referido más arriba.

Según la Instrucción 7/2011 de la Junta Electoral, la verificación de los avales en las elecciones generales y europeas corresponde a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, que puede realizar un muestreo aleatorio para comprobar la validez de las firmas presentadas. Si mediante dicho muestreo se alcanzara un resultado negativo respecto al cumplimiento del requisito, la Oficina del Censo Electoral hará una comprobación material de la validez de las firmas de esa candidatura. Las irregularidades en los avales presentados o la insuficiencia de éstos se notificará por la Juntas Electorales competentes a los representantes de las candidaturas afectadas (art.47.2 LOREG), concediendo cuarenta y ocho horas de plazo para su subsanación. Respecto a la subsanación de errores, la Presidencia de la Junta Electoral Central emitió, el 20 de octubre de 2011, una resolución en la que se estima que no es un error subsanable la insuficiencia o ausencia de avales en la presentación de candidatura. Es decir, no es posible que en el trámite de subsanación se admitan nuevos avales no aportados en el momento de presentar la candidatura⁶.

La aplicación de esta decisión excluyó del proceso a varias formaciones que pretendían concurrir a las elecciones generales de 2011. Ante esta

⁵ Vid. el trabajo de DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, Manuel. (2011: 842-856)

⁶ La JEC en su sesión de 27 de octubre de 2011 ratificó la decisión y añadió que “la subsanación de las candidaturas presentadas por las formaciones políticas que hubieran presentado un número suficiente de avales de acuerdo con lo exigido por el art.169.3 de la LOREG no puede consistir en la presentación de firmas no aportadas con anterioridad. La aceptación de nuevos avales en el trámite de subsanación equivaldría a una ampliación del plazo de recogida y presentación de avales, algo expresamente prohibido por el apartado quinto de la Instrucción 7/2011”. Vid. GALINDO ELOLA-OLASO, Fernando y MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (2015: 169-193).

situación, se interpusieron veinticinco recursos de amparo electoral⁷ que esgrimían, entre otras razones, la vulneración del derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad de los ciudadanos integrantes de las candidaturas, la no previsión constitucional del requisito de avales para la presentación de candidaturas, el excesivo número de firmas, la restricción a la facultad en la presentación de candidaturas por los partidos políticos que no hubieran obtenido representación en ninguna de las Cámaras de las Cortes Generales en la anterior convocatoria y la violación a la intimidad de los electores firmantes.

En respuesta a estas demandas el Tribunal Constitucional estima, en primer lugar, que la decisión de impedir la subsanación de la falta de avales vulnera el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (STC 162/2011, de 2 de noviembre). Recuerda la Sentencia que existe una jurisprudencia consolidada que sostiene que los errores e irregularidades cometidos en la presentación de las candidaturas son subsanables, ya que el legislador, al configurar un trámite específico de subsanación (art. 47.2 LOREG) ha establecido una garantía del derecho de sufragio pasivo que comporta el deber de la Administración electoral de poner de manifiesto a los interesados la existencia de irregularidades en las candidaturas para que en el plazo legalmente previsto puedan solventarlas.

El resto de motivos alegados por los recurrentes en amparo, son analizados en la STC 163/2011, de 2 de noviembre, que contiene la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la exigencia de avales y la posible conculcación del derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) en relación con el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE)⁸. Este requisito, explica el Tribunal, si bien supone una restricción a la libre facultad de presentación de candidaturas por las fuerzas políticas extraparlamentarias, no puede considerarse lesivo de los derechos fundamentales, ya que obedece a la consecución de un valor o bien constitucionalmente protegido, como es el de la racionalización y perfeccionamiento de la organización y desarrollo del proceso electoral, a través del cual se articula la representación. Según el Tribunal Constitucional con este mecanismo se reduce la complejidad de la organización de proceso electoral y los costes. Además se favorece la clarificación de la oferta electoral, se evita la dispersión del voto entre opciones partidarias que son expresión de

⁷ De los cuales once concluyeron con sentencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 162/2011 a 172/2011, de 2 de noviembre).

⁸ Vid. los comentarios de REQUEJO PAGÉS, Juan Luis; DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos; FOSSAS ESPADALER, Enric; ORTEGA CARBALLO, Carlos (2012: 289-334) y de ESQUIVEL ALONSO, Yessica (2011: 263-266).

una misma orientación o corriente ideológica y se facilita que las opciones partidarias con respaldo suficiente que sean expresión de orientaciones o corrientes ideológicas minoritarias puedan superar la barrera electoral que permite obtener representación parlamentaria. La obtención de representación parlamentaria en la última convocatoria electoral acredita que los partidos políticos que la han alcanzado gozan o, al menos, han gozado, de un respaldo o arraigo en el cuerpo electoral con ocasión de la celebración de un proceso electoral del que carecen los partidos políticos que, habiéndose presentado al mismo proceso electoral, no han tenido representación.

Llama la atención que el Tribunal Constitucional haya aprovechado un recurso de amparo para avalar la reforma electoral de 2011, sin plantear una cuestión interna de constitucionalidad. El art. 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece que en aquellos casos en los que el amparo traiga causa de la aplicación de una ley lesiva de derechos, habrá que elevar la cuestión al Pleno, con suspensión del plazo para dictar sentencia de amparo. La falta de previsión del legislador, cuando se reformó la LOTC en 2007, no tuvo en cuenta que en los supuestos de amparo electoral los plazos son perentorios y que el Tribunal debe resolver en los tres días siguientes a la interposición del recurso (art. 49.4 LOTC), ya que está en juego el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE).

No compartimos algunas de las razones esgrimidas en la STC 163/2011, como el argumento de la reducción de costes o el de la racionalización del proceso electoral para así evitar la fragmentación de la representación política. El Tribunal Constitucional utiliza de nuevo un parámetro extrajurídico para juzgar la oportunidad y no la validez de una decisión del legislador. Respecto a la necesidad de evitar la fragmentación y así garantizar la gobernabilidad, ya existe en nuestro sistema electoral un mecanismo como es la barrera electoral que excluye del reparto de escaños a aquellas formaciones que no hubieran obtenido al menos el respaldo del tres por ciento de los votos en las elecciones generales o del cinco por ciento en las elecciones municipales.

Si comparamos los datos de las elecciones generales de 2008, 2011, 2015 y 2016, se constata una tendencia a la baja del número de formaciones políticas que han participado en estos comicios.

Elecciones convocadas	2008	2011	2015	2016
Candidaturas presentadas Congreso de los Diputados	1.131	660	625	572
Candidaturas presentadas Senado	1.235	651	673	606
Candidaturas proclamadas Congreso de los Diputados	1.111	593	605	545

Candidaturas proclamadas	1.220	597	657	582
Senado				

Fuente: elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio del Interior

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), tras su misión en España en las elecciones de 2011 y en 2015, publicó sendos informes en los que se señala que nuestro sistema electoral bloquea la participación de los ciudadanos y de la sociedad civil y limita de manera discriminatoria el derecho de algunas formaciones políticas para poder presentar sus candidaturas. La OSCE recuerda que los Estados participantes se han comprometido a “respetar el derecho de los ciudadanos a aspirar a puestos políticos [...] individualmente o como representantes de partidos políticos [...], sin discriminación”. El requerimiento de que la presentación de una candidatura esté apoyada por un número mínimo de partidarios “deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura”. A pesar de que el número de firmas legalmente requeridas sea acorde con las buenas prácticas electorales, estas candidaturas reciben un trato discriminatorio y se recomienda al Estado español que reconsidere la posibilidad de establecer la igualdad de condiciones para la presentación de candidaturas.

Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique (2013). “El Derecho constitucional y la crisis”. *Revista de Derecho Político*. n° 88, p. 83-122.
- CORTINA, Adela (2013). *¿Para qué sirve realmente la ética?*. Barcelona: Paidós
- DE CABO MARTÍN, Carlos (2013). “Propuesta para un constitucionalismo crítico”. *Jueces para la democracia*, n° 76, p. 3-9.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, Manuel. (2011). “Las reformas de la legislación electoral realizadas por las Leyes Orgánicas 2/2011 y 3/2011 de especial incidencia en las elecciones locales y autonómicas de 22 de mayo de 2011”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia*, n° 7, p. 842-856.
- ESQUIVEL ALONSO, Yessica (2011) “Comentario a las SSTC 162/2011, 163/2011 para presentar avales de candidaturas (art 169.3 LOREG)”. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época*, n° 14, p. 263-266.
- GALINDO ELOLA-OLASO, Fernando; MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (2015). “Las consecuencias de la exigencia de avales para la presentación de candidaturas:

elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado de 2011”. En: *Las funciones de la Junta Electoral Central*. PAJARES MONTOLÍO, Emilio J. (ed. lit.) Valencia: Tirant lo Blanch ; [Getafe] : Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid, p. 169-193.

GARRORENA MORALES, Angel (2015). *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

HESSEL, Stéphane. (2011) *¡Comprometeos! No basta con indignarse!*. Barcelona: Paidós.

PÉREZ ROYO, Javier (2003). “Callejón sin salida”. *El País*, 17 de junio de 2003.

PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel (2004). “Parámetros para enjuiciar la continuidad entre partidos ilegalizados y agrupaciones de electores: la conexión entre las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2003 y la STC 85/2003”. *Revista española de derecho constitucional*, nº 70, p. 339-374.

PISARELLO, Gerardo (2012) “El régimen constitucional español, 34 años después: ¿reforma o ruptura democrática?”, <http://www.sinpermiso.info/sites/default/files/textos//2Cons.pdf> [Consulta: 12 de octubre de 2017].

PRESNO LINERA, Miguel (2001). “La aproximación histórico-constitucional entre el pueblo gobernado y el pueblo gobernante”. *Giornale di Storia costituzionale*, nº2, p. 81-105.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis; DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos; FOSSAS ESPADALER, Enric; ORTEGA CARBALLO, Carlos (2012). “Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2011”. *Revista española de derecho constitucional*, nº 94, p. 289-334.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma (2015), “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 36, p. 417-437.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2003). “La dudosa constitucionalidad de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo previstas por la LO 6/2002, de partidos políticos. Comentarios a las SSTs de 3 de mayo y a la STC 85/2003, de 8 de mayo”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 122, p. 109-140 .

SARAMAGO, José (2004). *Ensayo sobre la lucidez*. Punto de lectura.

SERRANO MAÍLLO, María Isabel (2005). “Agrupaciones de electores y la posible continuidad de partidos políticos ilegalizados por parte de éstas. (Comentario a la STC 68/2005, de 31 de marzo)”. *Teoría y realidad constitucional*. nº 16, p. 435-452.

TAJADURA TEJADA, (2015) *Diez propuestas para mejorar la calidad de la democracia en España*. Madrid: Fundación Ciudadanía y Valores. (Biblioteca Nueva).

VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2014). “Comparecencias en relación con las iniciativas sobre la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción, en especial en lo que se refiere al proyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado. Por acuerdo de la Comisión Constitucional”. *Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados*, nº 549, p.5.

VITALE, Ermanno (2012). *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*. Madrid: Trotta.

QUALE LEGGE PER L'“ATTUAZIONE” DELL'ART. 49 DELLA COSTITUZIONE?

Gianluca Marolda*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'art. 49 nella Costituente: quando un testo nasce da un determinato contesto – 3. I recenti interventi legislativi sul finanziamento pubblico dei partiti. – 3.1. Art. 49 e legge di attuazione nei lavori della XVII Legislatura. – 4. Luci ed ombre del quadro e delle proposte legislative *in itinere*. – 5. Conclusioni. – Riferimenti bibliografici

1. Introduzione

I tentativi degli ultimi anni di approntare un apparato di riforme istituzionali non hanno toccato solo le norme della II parte della Costituzione, ma stanno altresì interessando l'“attuazione” di una delle norme costituzionali cardine del nostro ordinamento: l'art. 49¹. Vi sono varie ragioni che portano una legge di questo tipo al primo posto di un programma di governo.

Innanzitutto, bisogna partire da una interpretazione del dettato costituzionale, che guardi in una prospettiva più ampia rispetto a quella prescelta dal Costituente. Un'interpretazione che non prescindenda da un dato testuale che è quello dell'art. 2, che tutela i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle “formazioni sociali” (in cui i partiti sono assolutamente ricompresi) e del combinato disposto degli art. 18 e 49, dove il secondo è la specificazione del primo. L'art. 2 in quanto diritto inviolabile non tollera deroghe e l'estrinsecazione della personalità del singolo nella formazione sociale deve essere attuata nella sua pienezza. Principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale che trova una diretta estrinsecazione in questo suo specifico profilo nell'art. 18 che tutela la libertà di associazione e nell'art. 49 che garan-

* Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche (Curriculum Diritto Costituzionale) presso l'*Alma Mater Studiorum*-Università di Bologna. Il presente lavoro è stato presentato alla terza edizione del Seminario Italo-spagnolo di Diritto Costituzionale (dal titolo “Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione”), svoltosi dal 5 al 7 dicembre 2016 presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università degli Studi di Catania.

¹ Occorre, però, da subito una precisazione: il termine attuazione non lo si utilizza in senso stretto, ma in senso a-tecnico. Infatti, non si provvede ad attuare un disposto costituzionale che prevede un rinvio per la sua attuazione completa ad una legge costituzionale o ordinaria, ma bensì si provvede a porre in essere una disciplina che possa “corroborare” di ulteriori garanzie il già ben definito contenuto dell'art. 49.

tisce, invece, l'associazionismo di tipo politico. Una norma è la diretta specificazione dell'altra, ma il principio fondante che li lega rimane il medesimo: la formazione sociale è un *instrumentum* in capo al singolo per poter autodeterminarsi ed essa in quanto tale assume una sua dignità costituzionale solo se adempie a questa funzione ed entro i limiti stabiliti dalla Costituzione.

Anche l'art. 49 (così come l'art. 18) si rivolge ai cittadini e alla loro libertà di inserirsi in formazioni sociali, ma, in questo caso, in associazioni politiche, denominate "partiti", il cui compito è di concorrere e determinare la politica nazionale con "metodo democratico". Se, dunque, l'art. 18 nel suo spirito liberale e non teso alla creazione, come in Germania² di una sorta di democrazia protetta³, non ha censurato, salvo alcune eccezioni ovvie, assiologicamente *il fine* di un'associazione politica, ma lo ha fatto con *il metodo* che sta dietro ad essa, è proprio dalla specificazione dei contenuti di quel metodo "democratico" (che il Costituente ha voluto specificare ad *hoc* per l'associazionismo politico nell'art. 49) che una legge di "attuazione" deve muoversi. Se la presenza di un metodo di un'associazione politica che sia non segreto, non paramilitare e, secondo il Costituente, "democratico" rappresenta un'esigenza costituzionale inderogabile ed imprescindibile per la pienezza del diritto del singolo di associarsi in partiti e per una altrettanto piena libertà delle associazioni di poter adempiere ai propri scopi non si può sguarnire questo profilo di un'organica disciplina legislativa⁴.

Non è, poi, soltanto una questione di corretta interpretazione di un dato positivo-costituzionale, ma anche un problema che attiene al rapporto con determinati contesti politico-istituzionali e alle loro trasformazioni. È, infatti, possibile affermare che sia sostenibile la presenza di forme di rappresentanza politica, titolari di fondamentali *munera* pubblici come anche la giurisprudenza costituzionale ha avallato⁵, ma che presentano una natura giuridica privatistica e che non sono sottoposti a particolari obblighi e controlli da parte dello Stato? In un contesto, poi, dove la crisi della rappresentanza politica ha assunto un alto livello di criticità?⁶

Questa lacuna consentì, infatti, ai partiti di potersi autoregolare totalmente, ma l'eccessiva frammentazione del sistema politico, frutto della deriva partitocratica, unita ad una crisi di legittimazione della stessa istituzione parla-

² (RIDOLA, 1982: 74); (ELIA, 1965:69); (PINELLI, 1984); (BRUNELLI, 2016:7) Si rinvia agli autori citati per un *excursus* approfondito sulla comparazione con il sistema tedesco.

³ Fatta chiaramente eccezione per la XII disposizione transitoria e finale sulla ricostituzione del PNF.

⁴ (BARTOLE, 2000:719).; (FROSINI, 2003:1).

⁵ Cfr. Corte cost. ord. n. 79/2006

⁶ (RUGGERI A, 2011:2-3)

mentare, mise in risalto come il nostro sistema partitico non si fosse mai autoregolato pienamente, ma come esso necessitasse, comunque, di una disciplina pubblicistica, seppur minima, che ponesse in essere degli interventi preventivi di quelle che la stessa Costituente definì come le «possibili degenerazioni del parlamentarismo» (O.d.g. Perassi 4 settembre 1946). Il punto dolente risiede proprio qui: emerge oggi ancor di più l'opzione di una regolazione, di un intervento pubblico, proprio perché mancarono nel corso della storia quelle basi per un'autoregolazione della politica e dei partiti stessi. La deriva partitocratica mise, poi, a nudo tutte le fraglie del sistema delineatosi: i partiti divennero monopolisti in ogni settore della vita pubblica, assorbendo di fatto i processi di funzionalità del Parlamento, mentre nei rapporti con i cittadini si venne a creare una situazione di controllo stretto delle candidature ad opera degli apparati di partito, arrivando a determinare delle situazioni di forte autoreferenzialità⁷. Un fenomeno, comunque, molto complesso che finì con lo smentire le premesse di base, entro le quali i Costituenti decisero di delineare il sistema: la funzione di mediazione, di tramite tra lo Stato-Comunità e lo Stato-Apparato. Se, infatti, un processo di autoriforma fosse andato in porto, la configurazione dei partiti come associazioni non riconosciute, regolate dal diritto privato, e con il mantenimento dell'interpretazione del dettato costituzionale fornita dai Costituenti, probabilmente avrebbe reso una regolazione pubblicistica del tutto superflua, se non inopportuna.

Scopo del presente lavoro sarà, quindi, cercare di definire i profili e contenuti del metodo democratico e, quindi, quale interpretazione dare alla lettera dell'art. 49, analizzando, alla luce del mutato quadro politico-istituzionale, i progetti di legge in corso di approvazione da parte delle Camere per tentare di carpirne l'idoneità a dare piena “attuazione” ai principi sanciti dalla Carta costituzionale.

2. L'art. 49 nella Costituente: quando un testo nasce da un determinato contesto

Come il titolo del presente paragrafo vuol suggerire, la scelta dei Costituenti fu vincolata, come molte altre, ad un determinato contesto politico-istituzionale. La formulazione, che è rimasta inalterata sino ad oggi, lascia pensare ad un testo che volle enucleare, senza dubbio, i principi fondamentali che avrebbero regolato le forme di rappresentanza politica. Ma l'aver lasciato

⁷ Risiede, chiaramente, in capo ai partiti in quanto associazioni con fine politico la funzione di determinare le candidature, ma il rischio è quello di arrivare a pretermettere eccessivamente le varie e stratificate voci degli iscritti. (MARANINI, 1967: 220); (BARBERA, 2006, 2007); (LANCHESTER, 1988)

questa formulazione abbastanza stringata ha contribuito notevolmente ad alimentare il dibattito sulla sua non attuazione.

L'opzione dell'art. 49 di vincolare principalmente al "metodo" della forma associativa fu molto coraggiosa ed ebbe, come già accennato, il preciso fine di superare la logica dell'amico-nemico per una maggiore inclusione nella futura *res publica* (RIDOLA, 1982:74). Il dispositivo, invece, venne formulato con l'inserzione del richiamo alla libertà di associazione rivolta ai cittadini e dei punti nodali del concorso dei partiti e al metodo democratico: in tutte le formulazioni avutesi in Costituente, questi due piloni non vennero mai posti in discussione.

Ricostruendo brevemente il dibattito in Assemblea Costituente, la questione dell'art. 49 fu da subito inquadrata sulla necessità di predisporre meccanismi di "attuazione" o elementi di maggiore dettaglio rispetto ai due principi cardine del sistema dei partiti. Il tema fu affrontato, *in primis*, dall'On. Lelio Basso (PSI), il quale propose un secondo comma volto a riconoscere "attribuzioni costituzionali in base alle leggi elettorali, della stampa e di altre leggi" (PASQUINO, 1992: 7). I timori sulla possibilità di interventi pubblici di controllo sulla vita interna dei partiti vennero manifestati subito dai comunisti Marchesi e Togliatti e dalla maggioranza dei membri della I Sottocommissione, che approvò solo la prima parte dell'articolo, seguendo l'o.d.g. Dossetti e rinviando all'esame della II Sottocommissione la parte sulla regolamentazione dei partiti e delle loro attribuzioni costituzionali. Per una serie di motivi, probabilmente politici, venne rinviata la discussione all'Assemblea Plenaria. In quella sede, il lavoro "incompiuto" di Basso venne ripreso dagli Onorevoli Mortati e Ruggiero (DC). Come rilevato da autorevole dottrina, la discussione tese a concentrarsi più che altro sul significato da dare ai termini del "concorso" tra i partiti e del metodo democratico, mentre rimase sullo "sfondo" la questione della regolamentazione (PASQUINO, 1992:8). Il costituzionalista democristiano, inizialmente, presentò un proprio emendamento che prevede la possibilità per la Corte costituzionale di accertare i requisiti minimi di democraticità. La proposta, ritenuta non conforme all'indirizzo generale di non fondare un ordinamento "protetto", fu rielaborata in concomitanza con l'on. Ruggiero, arrivando a definire la previsione del metodo democratico, come principio dell'organizzazione "interna". Venne, quindi, riproposto il punto dolente della possibilità di porre dei limiti alle vicende interne dei partiti: la discussione, che fu molto animata e densa di contenuti portò al ritiro dell'emendamento congiunto e alla formulazione attuale.

La linea Basso-Mortati-Ruggiero portò avanti l'idea quindi, di una disciplina organica del fenomeno partitico, argomentando su quella che sarebbe stata la posizione costituzionale dei partiti nella democrazia: fu lo stesso Basso

a tratteggiare, per primo, con lungimiranza quello che avrebbe dovuto prevedere la Costituzione. L'idea del deputato socialista, espressa in seno alla I Sottocommissione, si basò sull'assunto che la democrazia parlamentare fosse da intendersi come democrazia dei partiti, come unica forma di rappresentanza politica capace di rendersi attuale nel consesso parlamentare. Dare espressamente ai partiti, quindi, funzioni ed attribuzioni costituzionali, connesse a forme di controllo sul loro svolgimento, avrebbe significato non solo dare dignità costituzionale a questi meccanismi associativi, ma soprattutto “responsabilizzarli” di fronte agli elettori e prevenire, infine, forme di aggregazione politica basate sugli individualismi che avrebbero portato alla frammentazione del sistema stesso⁸. Queste indicazioni vennero, appunto, riprese da Mortati, che le ampliò fornendo alcuni esempi pratici. Segnalò, innanzitutto, come *a fortiori* si sarebbe dovuto intervenire sulla democratizzazione dei partiti, dopo che in Costituente vennero previsti obblighi analoghi per i sindacati e l'esercito⁹: sarebbe stata una lacuna irragionevole. In più, egli pose l'accento sul tema della partecipazione e del reclutamento politico: riprendendo le affermazioni di Basso sulla primarietà, se non “l'esclusività”, della forma partito come canale di partecipazione politica, sarebbe ammissibile privare di garanzie di democraticità per i cittadini le procedure per la selezione politica interna ai partiti¹⁰?

La maggioranza dell'Assemblea respinse, però, queste impostazioni, confermando i timori (soprattutto nelle sinistre) di un'indebita compressione dell'azione autodeterminata dei partiti. Da un lato, si ritenne che sarebbe stato iniquo per i partiti di minoranza, poiché le maggioranze politiche interne avrebbero potuto strumentalizzare detti obblighi per escludere le minoranze interne, facendo magari leva su eventuali caratteri antidemocratici di queste compagini. Da un altro punto di vista, si espresse molta fiducia in quello che sarebbe stato il controllo degli iscritti stessi ai partiti sulle disfunzioni alla democraticità interna: lo si ritenne bastevole per poter mettere al riparo i partiti da derive interne antidemocratiche (RIDOLA, 1982:113).

Per queste ragioni, l'interpretazione dominante dell'art. 49 è stata troppo restrittiva: tutta tesa, quindi, a valorizzare solo uno dei profili di intervento

⁸ Idea presentata in Sottocommissione e che avrebbe costituito la traccia entro cui successivamente si sarebbe arrivati con il supporto di Mortati alle proposte di formulazione più “detagliate” del testo dell'art. 49 della Costituzione (BASSO, 1966:3-5).

⁹ Basti pensare all'obbligo di registro delle sigle sindacali e all'obbligo di democraticità dei loro statuti, previsti dall'art. 39 oppure all'ultimo comma dell'art. 52 Cost. sulla sussistenza di uno “spirito democratico” al quale l'ordinamento delle Forze Armate deve necessariamente ispirarsi.

¹⁰ (PASQUINO, 1992:14-15); (MORTATI, 1956:128).

statale possibile dell'art. 49 e cioè quello "esterno" sul libero concorso dei partiti. Tutto ciò per ottenere, poi, due risultati: a) Stabilire la massima parità di *chances* dei partiti nelle competizioni elettorali; b) Massima promozione del pluralismo delle associazioni in gioco (CRISAFULLI, 1967: 111). D'altro canto, questa interpretazione indica come sia stato trascurato il controllo interno sul metodo democratico, divenuto un feticcio, un prodotto di timori politici per il contesto comprensibili ma assolutamente "contingenti" e lasciato, inoltre a meccanismi di auto-controllo interni agli stessi partiti, mai per la verità funzionanti.

3. *I recenti interventi legislativi sul finanziamento pubblico dei partiti*

Il mutamento radicale del contesto politico-istituzionale ha, probabilmente, rideterminato anche quelli che devono essere gli obiettivi costituzionali che una legge sui partiti deve necessariamente perseguire. Un primo elemento è riscontrabile in quella che è una parte consistente dell'eredità del passaggio tra la Prima e la Seconda Repubblica e che si è trasformata nel presupposto logico ad ogni tipologia di intervento regolativo delle forme di rappresentanza politica: vale a dire il tema del finanziamento pubblico ai partiti. Il meccanismo fu in principio quello "diretto" della cd. Legge Piccoli (l. n. 195/1974), poi modificata nel 1981, ma divenne noto per l'assenza di meccanismi di trasparenza e di rendicontazione e per questo fortemente criticato ed oggetto di 3 tentativi di referendum abrogativo nel 1974, 1978 e 1993 sul profilo del finanziamento pubblico diretto¹¹. Al di là, ora, delle riforme o dei tentativi di riforma esperiti, si vuole semplicemente segnalare come il dibattito sull'art. 49 si fosse già spostato in maniera quasi definitiva al tema del finanziamento¹². Non

¹¹ Quest'ultima tornata referendaria raggiunse il *quorum* strutturale e segnò, oltre all'abrogazione del finanziamento diretto, definitivamente la caduta del vecchio sistema e l'inizio di un'autentica fase di transizione costituzionale. Non si arrivò, comunque, ad una vera abrogazione in quanto residuaronò nella disciplina normativa le disposizioni sui rimborsi elettorali e la loro interpretazione estensiva nella prassi portò a considerarli una forma atipica di finanziamento diretto: per questo motivo la vittoria del SI del 1993 si tramutò bene presto in una sorta di vittoria mutilata. (BARBERA - MORRONE, 2003) Ivi si rinvia per una ricostruzione più puntuale e dettagliata.

¹² Le ragioni sono di vario tipo, ma basterebbe evidenziare come nel finanziamento pubblico diretto si venne a costruire gran parte della deriva partitocratica; infatti, la possibilità di non ricevere controlli e rendicontazioni invasive favori in maniera quasi sfrenata la cd. "fame di denaro" dei partiti. Questo fattore risultò, inoltre, decisivo per la nascita di strutture autocratiche ed oligarchiche al proprio interno, sempre più staccate dalle loro basi elettorali, favorendo, altresì, un patologico funzionamento del parlamentarismo.

bastò, infatti, il terremoto politico di Tangentopoli a smuovere le acque; infatti, l'indicazione referendaria del 1993 sul finanziamento diretto rimase un binario morto sino alle Legislature XVI e XVII, dove la stagione dei cd. “Governi del Presidente” e delle riforme istituzionali portarono ad alcuni risultati.

I provvedimenti da esaminare sono, infatti, due e sono la legge n. 96/2012 e il d.l. 149/2013, convertito dalla l. 13/2014. Di questi interventi si analizzeranno solo alcuni tratti salienti, in modo da poter evidenziare meglio la presenza di un ormai acquisito interesse di rilievo costituzionale sul punto¹³.

Da una prima lettura di essi, si ricava un dato rilevante: vi è uno stretto intreccio tra il tema del finanziamento ed il problema della democrazia interna, portando inevitabilmente la questione a complicarsi. I provvedimenti sul tema più recenti hanno previsto, per l'appunto, dei meccanismi di generale riduzione dei finanziamenti, rendendo disponibili le parti rimanenti solo all'adempimento di questi obblighi, che incidono non solo sulla trasparenza nella gestione delle risorse statali, ma bensì sulla democraticità interna della forma di rappresentanza politica. Per confermare tali rilievi è sufficiente ricordare alcune disposizioni della l. 96 del 2012: da una lato, infatti, è stato introdotto un piccolo gruppo di disposizioni (artt. 1-4) contenenti limitazioni ai contributi statali e meccanismi più stringenti per i rimborsi elettorali, mentre da un altro lato, (artt. 5-16) sono presenti le norme per la trasparenza dei bilanci, dei rendiconti, ancorandoli ai requisiti posti dall'art. 5 della legge 96 e al controllo di una Commissione, composta da 5 Magistrati (di cui 3 contabili) e nominata con atto congiunto dei Presidenti di Assemblea. Questi requisiti prevedono la redazione di un atto costitutivo e di uno statuto nella forma dell'atto pubblico da presentare entro 45 giorni dalle elezioni ai Presidenti delle Camere: il contenuto di questi atti è disciplinato dallo stesso art. 5 che prevede espressamente l'indicazione dei soggetti gestori dei bilanci e dei rendiconti e l'uniformazione ai principi di democrazia interna della vita del partito o del movimento politico. La sussistenza di questi requisiti è *condicio sine qua non* della possibilità di accedere ai contributi ed ai rimborsi.

Entro queste coordinate, il d.l. 149/2013 è, invece, intervenuto in maniera ancor più massiccia per affrontare lo *step* successivo: quello della rimodulazione effettiva delle forme di finanziamento pubblico. Per quanto permanga, infatti, lo stretto legame tra metodo democratico interno e finanziamento,

¹³ Sin dalla legge cronologicamente precedente (la l. 96/2012), emerge un ulteriore elemento di fondamentale importanza: il termine “partito” non è il riferimento esclusivo, ma vengono inclusi anche i cd. “movimenti politici” estendendo inesorabilmente il raggio d'azione a tutte le svariate forme di rappresentanza politica che mirano ad ottenere seggi nelle istituzioni rappresentative a livello europeo, nazionale e territoriale. Il discorso, quindi, sull'art. 49 si potrebbe dire che nelle intenzioni del Legislatore prescinde molto dalla formula utilizzata.

quest'ultimo viene rimodulato nella sua forma diretta con una duplice forma di contribuzione indiretta: a). Detrazioni alle erogazioni liberali b). Finanziamento tramite 2 per mille¹⁴. L'ottenimento di queste due tipologie di contribuzione indiretta è vincolato, riprendendo la l. 96, dalla presenza di alcuni requisiti di "democraticità interna". Il primo è uno statuto, i cui contenuti sono da questo d.l. ampliati (art. 3): questi ultimi spaziano dalla previsione di trasparenza e conoscibilità degli organi dirigenti e gestori delle risorse sino ai diritti degli iscritti in termini di partecipazione alle attività e di accessibilità alle candidature, e alla registrazione, previo controllo della conformità dello statuto da parte della Commissione ai contenuti dell'art. 3, presso un registro nazionale (prescrizione che integra quelle della legge n. 96 che le limitava ai bilanci e alle rendicontazioni). Importante è il riferimento ad una sorta di criterio di rappresentatività (art. 10, comma 1) delle formazioni politiche che si somma all'iscrizione al registro nazionale: per le detrazioni alle erogazioni liberali la formazione politica dovrà aver conseguito almeno un candidato eletto in una delle due Camere, al Parlamento europeo, in uno dei Consigli delle province autonome o in un Consiglio regionale, ovvero che abbia presentato candidati in almeno tre circoscrizioni per le istituzioni nazionali e territoriali ed in una per il Parlamento europeo. Per il 2 per mille sarà necessario che vi sia almeno un candidato eletto in una delle istituzioni poc'anzi elencate.

La ragione prettamente politica che risiede dietro queste disposizioni, comunque è senz'altro la volontà del legislatore di porre maggiori deterrenti alla "sregolatezza" della vita interna delle formazioni politiche: fatta salva la possibilità di ottenere erogazioni private, il permanere in uno stato di autoregolazione diviene sempre più una scelta controproducente per le forme di rappresentanza politica che vogliono godere di questi benefici, necessari per l'espletamento delle loro attività elettorali ed istituzionali.

Sono, in definitiva, presenti due profili di rilievo nella legislazione esaminata: il primo interessa la tipologia di finanziamento, che è quella indiretta, ed il secondo riguarda la relazione che esso avrà con il regime di democrazia interno al partito. Queste due coordinate hanno rappresentato le bussole in mano sino alla XVII Legislatura ma il rischio, come si cercherà di far evincere nel prosieguo del lavoro, corso è stato quello di aver sovrapposto eccessivamente questi due profili.

¹⁴ Un tentativo di introdurre meccanismi di finanziamento tramite la dichiarazione dei redditi si ebbe con la legge n. 2/1997, introdotto su iniziativa dell'allora Governo Prodi I. Non si trattò del 2 per mille ma del 4 per mille IRPEF, ma il risultato non fu dei migliori in quanto le contribuzioni furono bassissime.

3.1. Art. 49 e legge di attuazione nei lavori della XVII Legislatura

Il primo dei provvedimenti discussi in questa Legislatura è il disegno di legge A.S. n. 2439, ora al Senato e approvato dalla Camera l'8 giugno 2016. Si è scelto di esaminare questo disegno di legge, poiché, da un lato, è un testo emblematico ed esemplificativo delle questioni più rilevanti sull'attuazione dell'art. 49 e, inoltre, poiché il testo approvato è il risultato di un'unificazione di ben 24 proposte provenienti sia dalla maggioranza e sia dalle opposizioni: quindi, esso è il frutto di un accordo politico trasversale del consesso parlamentare. Il disegno di legge non tocca, come i precedenti citati, le disposizioni riguardanti il finanziamento delle formazioni politiche, ma punta maggiormente a disciplinare in maniera organica e dettagliata gli obblighi di trasparenza, di democraticità interna delle forze politiche e alla “selezione delle candidature”.

Innanzitutto, sul piano della democraticità interna, vengono aggiunti ulteriori requisiti all'art. 3, comma 2, del d.l. 149/2013 che disciplinava i contenuti obbligatori dello Statuto. Si prevede un'integrazione al contenuto necessario dello Statuto, prevedendo all'art. 2 le forme e le modalità di iscrizione, i diritti e i doveri degli iscritti, le modalità di partecipazione degli iscritti alle fasi di formazione della proposta politica del partito, compresa la selezione dei candidati alle elezioni. Questa è una previsione generale che vale per la partecipazione politica in sé e non si riferisce alle competizioni elettorali. Per queste ultime sono previsti ulteriori obblighi (art. 3) e vanno dal deposito presso il Ministero dell'Interno dello Statuto oppure di una dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della formazione politica ed autenticata dal notaio: in essa devono essere specificati il legale rappresentante, gli organi dirigenti, di controllo e le modalità di selezione delle candidature. Elemento di rilievo è l'attività di controllo e sanzionatoria da parte del Ministero dell'Interno che, oltre a gestire il deposito degli atti costitutivi e delle liste può ricusare dalla competizione elettorale le liste delle formazioni che non hanno ottemperato a questi obblighi.

La seconda parte del provvedimento è, invece, tutta incentrata sugli obblighi di pubblicità e trasparenza. Il disegno di legge prescrive per i partiti e i movimenti l'obbligo di allestimento di una sezione “Trasparenza” all'interno dei propri siti Internet. La novità sta nell'obbligo di inserimento non solo di tutta la documentazione, prevista dagli articoli precedenti, ma anche di tutti i flussi di contributi, ed in generale delle risorse finanziarie della formazione politica (art. 6). Il controllo di questa sezione è affidato alla Commissione di cui all'art. 9 della l. n. 96/2012, che provvederà in caso di inottemperanza ad irrogare sanzioni amministrative con riferimento sia agli obblighi di tenuta

della sezione “Trasparenza” sia agli obblighi di tenuta dei bilanci e dei rendiconti. Il dettaglio della disciplina sembrerebbe, comunque, mirare a garantire la tracciabilità e la contabilizzazione dei flussi di importo pari o superiori a 5.000 euro, ritenuti meritevoli di speciali disposizioni per la loro importanza (art. 6, commi 6, 7 e 8). Per essi, infatti, l’erogante ed il beneficiario sono tenuti a sottoscrivere una dichiarazione congiunta, pubblicizzata online nella sezione “Trasparenza” (art. 6, comma 11) eccezion fatta per i contributi erogati direttamente da istituti bancari. La scelta dei destinatari di questa disciplina restrittiva ricalca il modello proposto dal d.l. n. 149/2013 riguardo ai criteri di rappresentatività per l’accesso ai finanziamenti indiretti; sono, infatti, destinatari tutti i titolari di incarichi dirigenziali e di segreteria nei livelli nazionale, territoriale e locale assieme a tutti i titolari di mandato elettivo presso uno dei rami del Parlamento, del Parlamento europeo, dei Consigli regionali, di Città Metropolitane, provinciali e comunali (art. 6, comma 5)¹⁵.

L’*iter* al Senato si è arenato in una discussione presso la Commissione Affari costituzionali che si protrae da più di un anno e sono stati proposti numerosi emendamenti al testo. Si dà conto di una interessante proposta di modifica promossa dal Sen. Sposetti sull’art. 2 (emendamento n. 2.1) che introdurrebbe la registrazione del partito non più presso il registro nazionale ma direttamente presso il Parlamento italiano tramite il deposito del proprio statuto. Alla detta registrazione si potrà accedere solo alla sussistenza di requisiti di rappresentatività o l’aver partecipato alle elezioni per il Parlamento nazionale e/o europeo. Di rilievo, è la possibilità di poter registrare in associazione al partito una fondazione politica: essa dovrà indicare altresì un proprio statuto con i medesimi obblighi di trasparenza e di democraticità interna previsti per il partito a cui si ricollega. Dai commi 8 e seguenti sono elencati i controlli che effettuerà il Parlamento sul registro dei partiti e delle fondazioni che saranno annuali o attivabili al di fuori di questa cadenza su istanza di $\frac{1}{4}$ dei membri delle Camere in rappresentanza di almeno 3 gruppi parlamentari. Se i controlli risconteranno violazioni dei requisiti previsti dal testo di legge o omissioni dei contenuti dei rispettivi statuti il Parlamento potrà procedere alla radiazione o a sanzioni pecuniarie di tipo amministrativo: se un’eventuale radiazione colpisce un partito automaticamente si estenderà anche alla fondazione ad esso collegata. Altre interessanti proposte di modifiche sono settorializzate sul tema del finanziamento, che può essere richiesto sia dal partito e dalla fondazione a carico del bilancio generale dello Stato: questi contributi finanziari o sovvenzioni a carico del bilancio generale dello Stato non possono superare il 90 per cento delle spese annue rimborsabili di un partito politico e il 95 per

¹⁵ Si rinvia per una trattazione più esaustiva a (BIONDI, 2016:37 e ss.).

cento dei costi ammissibili su base annua indicati nel bilancio di una fondazione politica. Sono inseriti, inoltre, vincoli di destinazione per cui i partiti politici possono usare la parte inutilizzata del contributo dello Stato concesso per la copertura delle spese rimborsabili entro i due esercizi finanziari successivi alla sua concessione. Gli importi non utilizzati al termine di questi due esercizi finanziari possono essere recuperati. Per ottenerli i soggetti politici debbono presentare garanzie di trasparenza in merito alla regolarità e al pareggio delle proprie scritture contabili e di trasparenza sui propri flussi finanziari e sugli elenchi dei propri donatori: la fondazione dovrà inoltre presentare il proprio programma di lavoro annuale come requisito per essere ammessa ai contributi statali¹⁶.

Merita alcune brevi considerazioni un altro progetto di legge, a firma Finocchiaro, Zanda e Casson (PD), nel quale sono stati toccati due punti di interesse. Il ddl n. 1938 ha posto all'attenzione delle istituzioni e dei commentatori i temi della forma della rappresentanza politica e della personalità giuridica delle formazioni politiche. Nel testo, ancora in attesa di esame al Senato, le disposizioni del d.l. n. 149/2013 sono integrate, facendo acquisire la personalità giuridica ai partiti che avranno soddisfatto i requisiti esaminati dell'art. 3 comma 1. Inoltre, sul piano testuale, ma come anticipato la questione è tutt'altro che di forma, si parla solo di “partiti” e non di movimenti o di altre forme di rappresentanza politica come, invece, i provvedimenti sin qui esaminati hanno fatto.

4. Luci ed ombre del quadro e delle proposte legislative in itinere

Le ricostruzioni sino ad ora effettuate mostrano un mosaico variopinto. Si vuole, innanzitutto proporre uno schema di lettura di quello che dovrebbe essere il compito di una legislazione di attuazione dell'art. 49. Come presupposto nell'introduzione, pare opportuno che sul piano metodologico si debba tener conto del canone fondamentale del combinato disposto tra l'art. 18 e 49 della Costituzione. Infatti, se si vuole provare a riflettere su una legge che regoli le forme di rappresentanza politica, bisogna tenere ferme le indicazioni generali che fornisce l'art. 18. È per questo motivo che si ritiene che siano due i parametri entro i quali orientarsi. Il primo si identifica nello stilare i requisiti che deve avere il cd. metodo democratico dell'art.49, visto, però sotto il profilo “interno” e, in secondo luogo, guardare alle sue possibili modulazioni

¹⁶ Oscuro è però il rimando su quale tipo di fonte sarà competente a disciplinare sul tema dei controlli. Si azzarderebbe l'ipotesi sia tutto rimandato ai regolamenti delle singole Camere con annesso potere ispettivo e giudicante degli Uffici di Presidenza dei due rami del Parlamento.

quando si ha a che fare con la questione del finanziamento pubblico, che risulta essere una questione di cruciale rilevanza costituzionale. Il primo profilo guarda, infatti, alla garanzia della massima partecipazione e tutela dei cittadini per i diritti che derivano dell'associazionismo politico, mentre il secondo tende a tutelare la "trasparenza" dei rapporti (e quindi del metodo), che l'associazione ha nei confronti degli iscritti, dei cittadini e delle istituzioni (ROSSI, 2011:8 e ss.). Ora, l'intento del legislatore nei disegni in *itinere* sembra muoversi su un binario molto più vicino allo schema sopra descritto, a dispetto dei precedenti provvedimenti dove i due piani sono finiti per confondersi (BIONDI, 2014; CLEMENTI, 2015:3).

Sul primo profilo si possono individuare alcuni punti nodali toccati dalle discipline sin qui esaminate¹⁷: il primo è quello degli strumenti di autoregolazione. Il disegno A.S. 2439 arricchisce di molto il computo dei requisiti che devono essere previsti dagli Statuti e dalle forme di pubblicità e controllo, che sono disciplinati all'art. 2, comma 3; è abbastanza lineare scovare una sorta di minimo comun denominatore delle previsioni statutarie volte a garantire una partecipazione attiva, trasparente e controllata. Basti pensare all'indicazione tassativa degli organi dirigenti, di controllo, del legale rappresentante, all'anagrafe degli iscritti ed alle minime forme di selezione delle candidature: previsioni essenziali, che possono essere integrate dall'autonomia organizzativa dei partiti e dei movimenti¹⁸.

Strettamente collegato è il tema della personalità giuridica e della presenza di un registro nazionale delle forme di rappresentanza politica. Su un piano astratto l'apporto di questi due istituti deve, innanzitutto, guardarsi dall'impedire ai cittadini una piena partecipazione ed un pieno regime di parità di *chances* tra i partiti nella determinazione della politica nazionale. Sotto questo profilo, risultano, infatti, problematiche le disposizioni del progetto di legge Zanda-Finocchiaro sulla personalità giuridica, poiché subordinano la partecipazione alle elezioni alle compagini non dotate di essa. Sarebbe, infatti, incostituzionale proprio perché il disposto dell'art. 49 ha come destinatario i "cittadini e la loro libertà di associarsi in partiti": non è riferita all'associazione politica che, infatti, non assorbe i diritti dei cittadini che la costituiscono.

¹⁷ Un'indicazione preliminare attinente al metodo della legislazione; la legge n. 96/2012 conteneva una delega al Governo per l'adozione di un Testo Unico ai fini di coordinamento delle varie norme, mentre il disegno di legge A.S. 2439 non prevede delega alcuna. Indicazione di grande importanza, poiché estromette il Governo da una disciplina che per l'importanza politica ed il carattere, si potrebbe azzardare, quasi costituzionalmente necessario dovrebbe essere ad appannaggio del solo Parlamento.

¹⁸ Importante sottolineare come il disegno novelli e si coordini con le previsioni dell'art. 3, comma del d.l. n. 149/2013, più che a porre in essere una disciplina autonoma.

Ecco perché sussisterebbe così un'indebita ingerenza sulla libertà positiva dei cittadini e sulla libera scelta della singola formazione politica. Disposizioni di questo tipo dovrebbero integrare una sorta di *standard* minimo di tutela dei diritti degli iscritti o affiliati alla forma di rappresentanza politica; ora, proprio per queste ragioni le questioni appena analizzate dovrebbero prescindere dalla componente finanziaria. Una tendenza, come accennato poc'anzi, è stata quella di confondere i due piani: la democraticità interna con il tema del finanziamento, portando ad irrigidimenti che hanno esacerbato, da un lato, il ruolo di “contropartita” che gioca il finanziamento per la “concessione” di alcune garanzie agli iscritti in tema di democrazia interna, degradando così la loro portata effettiva.

Senza dubbio, le disposizioni che intervengono su questo profilo irrigidiscono la democratizzazione interna dell'associazione politica, ma, se volessero intervenire anche su profili finanziari dovrebbero farlo proprio per tutelare le esigenze di trasparenza delle liste, di chi finanzia e di come è organizzato il flusso di denaro e non dovrebbero porsi, come oggi invece accade, come elementi di una contropartita. Un'indicazione non confortante sul punto proviene proprio dalla decisione di imporre un finanziamento in forma indiretta, che con la previsione di fondi sempre più ridotti, ma comunque garantiti dall'erario dello Stato (e perciò ancor più “appetibili”) istituzionalizzerebbe questa logica “negoziale” della democrazia interna-finanziamento.

Questo rischio sembrerebbe essere mitigato, ma non scongiurato, dal d.l. n. 149, lasciato, poi, invariato nel disegno di legge A.S. 2349 in *itinere*. Esso, come già accennato, si basa su una sorta di canone di “rappresentatività”, dove l'iscrizione al registro va unita alla sussistenza della presenza di almeno un candidato eletto nelle istituzioni nazionali e territoriali. Per quanto, comunque, permangano alcuni dubbi interpretativi sul momento della sussistenza dei requisiti della rappresentatività in rapporto all'iscrizione al registro e su alcune disposizioni che difettano di un coordinamento¹⁹, il tentativo complessivo rimane, comunque, apprezzabile, poiché tenta di razionalizzare le erogazioni dei benefici statali verso le sole compagini che effettivamente esprimano le loro politiche nelle istituzioni e, tramite alcune disposizioni (art.10, comma 1 del d.l. n. 149/2013), cerca di arginare il fenomeno dei partiti cd. “estinti” i quali mantenevano forme di finanziamento pur non essendo operativi, escludendo da questi le compagini che non presentano più dei loro membri eletti. Un altro elemento positivo è sicuramente, poi, quello della previsione di forme di contribuzione anche per le compagini che hanno partecipato alle competizioni elettorali, attenuando così la rigidità del criterio della necessaria rappre-

¹⁹ Si argomenta approfonditamente sull'effettivo momento in cui debbono sussistere questi requisiti e si critica l'eccessiva vaghezza del dettato legislativo in (BIONDI, 2014:4).

sentatività e favorendo un bilanciamento tra le istanze di trasparenza e controllo e l'eguaglianza delle *chances* dei partiti garantita dall'art. 49 (art. 10, comma 1, lett. a d.l. n. 149/2013) (BIONDI, 2014:4). Un punto dove, invece, il Senato nella sua lettura dovrebbe necessariamente intervenire è nella previsione dei benefici per i gruppi parlamentari e le singole componenti politiche del gruppo misto (art. 10, comma 2 d.l. n. 149/2013): si acuirebbe altrimenti la possibilità che si creino partiti o cartelli elettorali in Parlamento per il solo fine di accedere alle forme di finanziamento indiretto.

Le criticità ed il timore di una eccessiva commistione tra la tematica finanziaria e della democraticità interna sembrano manifestarsi sul tema dei controlli sulle liste elettorali delle compagini politiche e su quelli sui rendiconti e statuti. I primi sono disciplinati dall'A.S. 2349 e prevedono, secondo l'art. 3, i controlli all'atto di presentazione delle liste sulla trasparenza e sui minimi requisiti di democraticità degli statuti o della dichiarazione sostitutiva presso il Ministero dell'Interno. Il controllo ministeriale può poi sfociare nel caso di insussistenza dei requisiti in un atto di ricusazione delle liste elettorali²⁰. Il punto dolente non risiede, chiaramente, nell'intento di serrare maggiormente i controlli sulla presenza o meno di atti che dovrebbero garantire i diritti di partecipazione degli iscritti, ma nel ruolo dominante del Ministero dell'Interno, che è organo del Governo e non dotato del carattere di terzietà che sarebbe necessario in una situazione dove il controllo è finalizzato a garantire una corretta e trasparente competizione elettorale. Sarebbe forse preferibile spostare la titolarità di questi controlli ad organi giurisdizionali, costituendo sezioni specializzate all'interno dei tribunali ordinari, ma la discussione in Commissione Affari costituzionali del Senato non sembrerebbe aver tenuto conto di questo aspetto.

Gli altri controlli sono quelli ad appannaggio della Commissione di garanzia, istituita dalla l. n. 96/2012, e che è stata ritoccata più volte sia nel 2013 e sia nel disegno di legge A.S. 2349 in *itinere*. Il punto critico risiede nel rapporto tra le sue mansioni e la sua composizione, che è rimasta sino ad ora immutata nel suo disegno originario del 2012; essa è, infatti, composta in maggioranza da magistrati contabili, poiché originariamente era predisposta a controlli sulla trasparenza sul piano del finanziamento e della rendicontazione (DE NICTOLIS, 2014). I successivi interventi, non smentiti nell'intento dai provvedimenti in cantiere, ampliano il raggio d'azione della Commissione, affidandole controlli che esulano da presupposti esclusivamente di natura contabile e che ineriscono maggiormente alla verifica dei requisiti della democraticità interna in una prospettiva più ampia e che guardi anche al tema della

²⁰ Si vedano le audizioni presso la I Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati del 16.03 e 17.03 e gli interventi di Caravita e Dogliani.

partecipazione. Per questo motivo sarebbe, probabilmente, necessario intervenire per riequilibrare il numero dei magistrati contabili con quelli ordinari e amministrativi.

Un ultimo punto che merita di essere approfondito è quello della selezione delle candidature all'interno delle formazioni politiche. Questa è una delle questioni più delicate, poiché richiama tutti i profili essenziali che indica l'art. 49: è una questione che attiene al problema del metodo democratico nella sua accezione esterna, ai temi della partecipazione degli iscritti e della trasparenza interna.

Si è, per questo motivo, molto discusso in dottrina e nei lavori parlamentari della possibilità di introdurre per via legislativa il modello USA delle elezioni primarie intrapartitiche per il candidato alla Casa Bianca, ma la soluzione adottata per il momento dalla Camera, a parere di chi scrive, risulterebbe preferibile. Infatti, per quanto non venga introdotta una disciplina specifica ed organica di questa modalità di selezione, sono comunque disciplinati nel dettaglio e rafforzati rispetto al 2013 obblighi di trasparenza e di specificazione delle modalità attraverso le quali scegliere i propri candidati. Ad esempio, lo Statuto avrebbe, secondo l'art. 2, comma 3, l'obbligo di dettagliare i procedimenti che portano da un lato la formazione della proposta politica e, dall'altro, appunto la scelta dei candidati: la previsione è corroborata dal contestuale art. 5, che prevede la tenuta di una sezione nel proprio sito *internet* dove questi obblighi devono necessariamente essere pubblicizzati sotto il controllo della Commissione. La scelta è, quindi, neutrale sul modello da scegliere, che può essere appunto quello delle primarie o quello congressuale, ma è apprezzabile proprio perché si pone nell'ottica, a parere di chi scrive, più vicina all'art. 49: porre limiti generali che preservino l'integrità degli interessi costituzionali sottesi e lasciare spazio entro questi limiti all'autodeterminazione delle compagini politiche per il raggiungimento dei propri obiettivi²¹, non vincolando eccessivamente l'autonomia delle formazioni politiche a modelli pre-stabiliti.

5. Conclusioni

Per concludere, l'impressione più viva è che il legislatore abbia cercato di colmare le lacune interpretative, figlie dei timori dei Costituenti. Senza dubbio, si può dire che l'interpretazione ora dominante nei vari provvedimenti legislativi già adottati e in discussione è quella di intervenire sulla specificazione

²¹ Questi Autori propongono che venga promulgata una legislazione attuativa molto dettagliata (CECCANTI, 1999: 1069), (DEMURO, 2008:146).

e sull'attuazione della sfera del metodo democratico all'interno delle forme di rappresentanza politica. Risulta, altresì, apprezzabile il fatto che in molte proposte, tra cui quella in discussione, e nei recenti provvedimenti in tema di finanziamento il legislatore non si sia ancorato al termine "partito", ma abbia, invece, ampliato i riferimenti ai movimenti politici, che è la forma o la sigla al giorno d'oggi emergente nelle nostre compagini politiche: il tema merita considerazioni e lavori a parte²², ma si vuole solo segnalare come la direzione tracciata dal legislatore sia meritoria, poiché essa punta a ricercare una disciplina minima che sia comune a tutte le forme di rappresentanza politica e che sia diretta attuazione dei principi del combinato disposto degli artt. 18 e 49²³.

Permane, comunque, un interrogativo fondamentale dall'esame effettuato: quanto dell'attuazione dell'art. 49 è "assorbito dal tema del finanziamento" delle compagini politiche? (CLEMENTI, 2015: 7-8). È un tema che, come si è visto, risente fortemente di una contestualizzazione e di un particolare processo storico, che ha caratterizzato, se non segnato, profondamente l'ordinamento costituzionale italiano. Questo perché da un lato la presenza di forme di finanziamento sempre più private²⁴ rischierebbe di minare le funzioni e i *munera* pubblici di cui i partiti sono stati investiti: come rilevato da autorevole dottrina, bisognerebbe altrimenti "ripensare al modello dell'art. 49" (MERLINI, 2009: 26-27). Da un altro lato, emerge il profilo della cd. "contropartita" tra i vincoli di democrazia interna e le forme di contribuzione e di finanziamento, che è un elemento predominante nel d.l. 149/2013 e non smussato, quanto meno, nei provvedimenti in *itinere*. Per quanto questo aspetto abbia contribuito in maniera efficace a creare un minimo comune consenso tra le forze politiche in Parlamento nell'approntare una disciplina legislativa di attuazione, non sembra idoneo del tutto ad arginare l'assenza di democrazia interna. La soluzione potrebbe essere quella di slegare i sistemi di controllo da un'eccessiva impronta contabile, come segnalato per la Commissione di cui all'art. 9 della l. n. 96/2012, oppure, anche in questo frangente intervenire con una modifica costituzionale dell'art. 49, riprendendo il modello dell'emendamento Mortati-Ruggiero (MERLINI, 2009: 26-27) per dotare le forme di rappresentanza politica di espresse funzioni costituzionali, legate alla sussistenza di requisiti specifici di democrazia interna.

²² Si rinvia al contributo di (REVELLI, 2016: 85 e ss.).

²³ Sostiene che sia necessaria una legge attuativa ma con un contenuto minimo (CERRINA FERONI, 2007: 274).

²⁴ Con il termine "private" non si intende stigmatizzare l'erogazione liberale da parte dei privati verso i partiti in sé, ma si vuole semplicemente sottolineare come una presenza totale o dominante di forme di finanziamento in tal senso minerebbe quella che è la funzione pubblica dei partiti.

Riferimenti bibliografici

BARBERA, Augusto (2006), *La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere*, in Quad. cost.; (2007) *La democrazia dei e nei partiti tra rappresentanza e governabilità*, Forum Quaderni Costituzionali;

BARBERA, Augusto - MORRONE, Andrea (2005), *La Repubblica dei referendum*, Bologna, Il Mulino;

BARTOLE, Sergio (2000), *Partiti politici*, in Dig. Disc. Pubbl., X, Torino;

BASSO, Lelio (1966), *Il partito nell'ordinamento democratico moderno*, in *Indagine sul partito politico. La regolazione legislativa (ISLE)*, I, Milano;

BIONDI, Francesca (2014), *L'abolizione del finanziamento pubblico diretto ai partiti politici e le regole introdotte dal DL 149/2013*, Studium Iuris n. 11; (2014), *il finanziamento pubblico dei partiti. Profili costituzionali*, Milano; (2016), *Il finanziamento dei partiti politici*, in AA.VV., *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli;

BRUNELLI, Giuditta (2016) *Partiti politici e dimensione costituzionale della libertà associativa*, in AA.VV. *I partiti politici nell'ordinamento costituzionale italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli;

CECCANTI, Stefano (1999), *Regolamentazione legislativa dei partiti ed elezioni primarie: un esempio del possibile ruolo del diritto comparato nell'iniziativa legislativa*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, Il Mulino, Bologna;

CERRINA FERONI, Ginevra (2007), *Partiti politici: una regolazione giuridica?* in *Rassegna parlamentare*, n. 2, Roma;

CLEMENTI, Francesco (2015), *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, Federalismi n. 6;

CRISAFULLI, Vezio (1967), *La Costituzione della Repubblica italiana e il controllo democratico dei partiti*, in Studi politici, Roma;

DEMURO, Gianmario (2008), *Il dibattito sui partiti: per un diritto individuale di partecipazione politica*, in Quaderni Costituzionali, n. 1, Bologna;

DE NICTOLIS, Rosanna (2014), *La giurisdizione esclusiva sul finanziamento dei partiti politici: un nuovo guazzabuglio normativo*, in Federalismi n. 6;

ELIA, Leopoldo (1965), *L'attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni*, in AA.VV., *Il ruolo dei partiti politici nella democrazia italiana- (Atti del Convegno di studi DC lombarda)*, Roma;

FROSINI, Tommaso Edoardo (2003), *È giunta l'ora di una legge sui partiti politici?* in Quaderni Costituzionali, n. 1, Bologna;

LANCHESTER, Fulco (1988), *Il problema del partito politico in Italia: regolare gli sregolati*, in Quaderni Costituzionali n. 2, Bologna;

MARANINI, Giuseppe (1967), *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze;

MERLINI, Stefano (2009), *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in AA.VV. *Atti Convegno annuale Associazione italiana dei costituzionalisti-Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli;

MORTATI, Costantino (1956), *Note introduttive ad uno studio sui rapporti politici nell'ordinamento italiano*, in “Raccolta di scritti”, Milano;

PASQUINO, Gianfranco (1992), *Art. 49*, in *Commentario della Costituzione* a cura di BRANCA, Giuseppe - PIZZORUSSO, Alessandro, Bologna;

PINELLI, Cesare (1984), *Discipline e controllo sulla democrazia interna dei partiti*, Padova;

REVELLI, Marco (2016), *La crisi del partito politico e i paradigmi organizzativi*, IN AA.VV., *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli;

RIDOLA, Paolo (1982), *Partiti politici*, voce *Enciclopedia del diritto*, XXXII; Milano;

ROSSI, Emanuele (2011), *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivista AIC*, n. 1;

RUGGERI, Antonio (2010), *Note minime in tema di democrazia interna ai partiti*, in *Rivista AIC*, n. 1.

DEMOCRAZIA, POPULISMO E TECNOCRAZIA:
IL RUOLO DI (DIS)EQUILIBRIO DEL REFERENDUM POPOLARE

*Mimma Rospi**

SOMMARIO: 1. Democrazia, populismo e tecnocrazia. – 2. Il referendum popolare e la sua mutazione. – 3. Il referendum popolare e le istanze secessionistiche: i casi di Scozia, Catalogna, e Veneto. – 4. Il referendum popolare e le istanze euroscettiche: i casi di Grecia, Brexit e Ungheria. – 5. Il referendum costituzionale in Italia. – 6. Considerazioni conclusive. – 7. Riferimenti bibliografici.

1. *Democrazia, populismo e tecnocrazia*

La crisi della rappresentanza politica e della sovranità a livello statale è un dato che si sta consolidando nei tempi correnti e che si suole attribuire tendenzialmente allo spostamento del baricentro delle decisioni politiche verso istituzioni sovranazionali, di cui il sistema eurounitario rappresenta l'esempio più prossimo. Una delle ragioni che si può addurre per spiegare il fenomeno è l'inadeguatezza delle rappresentanze politiche a livello statale a predisporre un quadro normativo rispettoso delle nuove istanze regolative che hanno generato un aumento del tecnicismo sulle scelte politiche e legislative. All'inadeguatezza degli Stati si è fatto fronte con l'accentramento dei poteri e la creazione strutturale del sistema eurounitario, prima attraverso la creazione di nuove istituzioni europee con il compito di generare uniformità nella regolamentazione dei mercati finanziari attraverso un'Unione bancaria e, in seguito, all'ideazione di un sistema di gestione comunitaria delle frontiere, sia per i flussi migratori, sia per il contrasto al terrorismo (TORCHIA, 2016). Ciò ha comportato che tali problematiche trovassero soluzioni presso istituzioni sovranazionali, meno legittimate politicamente, ma all'apparenza più competenti tecnicamente. La ragione di questo assunto è da riscontrare secondo un'efficace interpretazione di Meny, nella circostanza che gli Stati nazionali non sono stati più in grado di gestire autonomamente l'economia e il mercato e, quindi, si sono affidati sempre più repentinamente a trattati internazionali multilaterali per il commercio, che hanno poi portato alla stipula di convenzioni internazionali su tematiche collegate come per esempio in materia di concorrenza, sanità, ambiente, cibo, cultura, salute e difesa. Tale *modus operandi* ha comportato "a poco a poco, settori interi di norme giuridiche nazio-

* Università di Pisa.

nali – disciplinati – da obblighi convenzionali internazionali più che da quelli costituzionali” (MENY, 2016:626), spostando i luoghi di consenso e decisione sul futuro dei diritti dei cittadini dai dibattiti pubblici nazionali ai negoziati internazionali. Così “lo Stato regolatore ha venduto il suo potere di primazia per un piatto di lenticchie”(MENY, 2016:626), perdendo la propria autonomia politica e concedendola alle autorità del mercato, che dotate di elevate competenze tecniche e professionali, hanno ingenerato la convinzione nei governi nazionali e nelle opinioni pubbliche, che esse fossero soggetti più adatti ad affrontare le nuove problematiche economiche e finanziarie, tanto bastava per compensare la mancanza di legittimazione politica (*input legitimacy*) delle istituzioni comunitarie, perché esse erano in grado di perseguire gli interessi collettivi con risultati più soddisfacenti rispetto ai livelli nazionali (*output legitimacy*). Da qui ha preso avvio il progetto europeista non solo economico, bensì rivolto a realizzare un’impresa politica di integrazione dei popoli europei, ove i governi hanno indossato un “doppio cappello”, accaparrandosi i vantaggi derivanti dalla *governance* dell’Ue secondo un metodo intergovernativo, e scaricando le colpe degli svantaggi sulla stessa Unione (PINELLI, 2016:641-646)¹.

Se in un primo momento tale situazione ha generato la crisi della sovranità e della rappresentanza degli Stati, ad oggi sembra essere il volano delle nuove forme di populismo che in realtà si sono riversate con un effetto *boomerang* contro le istituzioni sovranazionali, le quali non paiono più godere di autorevolezza nell’opinione dei cittadini europei per tre ordini di ragioni: la crisi economica e sociale; le ondate migratorie; il terrorismo internazionale. Ciò ha dato adito ad istanze populistiche ed euroscettiche che sembrano voler riportare *in auge* le sovranità statali rispetto ad un’idea federalista europea a danno del progetto di integrazione europea. Gli Stati nazionali sembrano voler tentare di ritornare al modello westfaliano di Stato, ove esso è il detentore assoluto del potere di decisione conferito attraverso democratiche elezioni dai cittadini, a cui con accenni marcatamente populistici si deve riconsegnare la sovranità. Per percorrere questa strada, che è stata definita come un ritorno alla *nazionalizzazione*, è necessario utilizzare retoriche semplicistiche che spieghino i problemi irrisolti, ancora, dalle istituzioni eurounitarie e giustifichino la necessità di un ritorno agli Stati-nazione che sembrano offrire soluzioni più sempli-

¹ (PINELLI, 2016: 645). L’Autore sostiene che “grazie al doppio cappello di cui sono giuridicamente titolari, i governi nazionali hanno potuto a lungo accaparrarsi i benefici della convivenza nell’Unione a fini interni, ed esternalizzarne gli svantaggi. Le scelte più dure, dai vincoli di Maastricht a quelli di contenimento dei debiti nazionali, vengono ascritte all’Unione, e le politiche che richiedono iniziative elettoralmente costose, come la Strategia di Lisbona, sono vanificate”.

ci e soprattutto comprensibili dall'elettore medio. In realtà, come scrive Meny, gli Stati hanno dimenticato un dato di non poco conto: la loro "incapacità (...) di incidere oltre la frontiera" (2016:637).

La *ratio* di quanto si dice è, secondo il mio sommesso avviso, la difficoltà anche tecnica delle scelte di politiche pubbliche che una *governance* ormai globale ha comportato, evidenziando la necessità di mettere in campo collettivamente le migliori competenze professionali al di là delle frontiere nazionali. Come osservato da autorevole dottrina, dunque, il problema della legittimazione delle istituzioni eurounitarie nel predisporre politiche pubbliche, in realtà, non si deve porre in termini di legittimazione politica, bensì di efficacia o capacità di reazione alle crisi contemporanee (TORCHIA, 2016:619). Invece gli Stati nazionali hanno sfruttato a proprio vantaggio la situazione di crisi per cercare di riappropriarsi della sovranità perduta innanzi agli occhi dei cittadini, promettendo un ritorno ad una democrazia nazionale che permetta ai popoli di esprimere direttamente la propria idea al fine di incidere anche su scala europea².

2. Il referendum popolare e la sua mutazione

Il *focus* di ricerca che si è scelto per spiegare questo fenomeno involutivo è l'utilizzo dello strumento del *referendum* popolare. In particolare, la dottrina comparatista ha individuato più funzioni del *referendum*³ che permettono l'innesto di rami partecipativi nel tronco rappresentativo dei sistemi democratici. L'attenzione si focalizza sull'uso dell'istituto referendario non più come strumento di tutela delle minoranze, bensì come strumento per rafforzare la *leadership* politica dei governi. Le ultime vicende referendarie sono state indette dalle maggioranze dei governi in carica, si ritiene, non per testare il proprio consenso nell'elettorato rispetto ai programmi di governo, bensì per deresponsabilizzare la stessa maggioranza di governo rispetto alle scelte tecnicamente più spinose e politicamente difficili. In questo assunto riecheggia l'intuizione di Max Weber (1961:751) che aveva dimostrato come il referendum fosse stato utilizzato come uno strumento per deresponsabilizzare gli organi costituzionali e delle maggioranze politiche, rimettendo tutte le scelte

² (TORCHIA, 2016: 620) "in assenza di questo processo di costruzione le opinioni pubbliche nazionali percepiscono sempre più l'Europa come una concausa della crisi piuttosto come una possibile soluzione, come dimostra, appunto, l'affermazione crescente di posizioni e movimenti dichiaratamente antieuropei".

³ (BUTLER, RANMEY, 1994). Sulle funzioni del referendum nel contesto della crisi della rappresentanza, v. (LUCIANI, 2005: 82). (FONTANA, 2016: 15).

“scomode” (CARIOLA:349), difficili e delicate al corpo elettorale che così non avrà più strumenti per far valere la responsabilità dei propri rappresentanti⁴. “E per la formazione di tutte le leggi tecnicamente complicate proprio la votazione popolare può troppo facilmente porre il risultato in mano a interessati astuti ma nascosti” (WEBER:764), ove per interessati Weber intendeva quelli “politici che aspirano alla potenza e alla responsabilità politica, allo scopo di realizzare determinati principi politici” tramite la loro attività che permette al capo politico di procurarsi il seguito e conquistare la massa con la demagogia. Qui si annida la natura populistica dello strumento referendario come strumento dei *leaders*, ovvero quella di plasmare la massa generando “l’inganno sulla persona del vero colpevole della cattiva amministrazione” (WEBER:764), perché non è una scelta presa dal *leader* e dalla sua maggioranza di governo, bensì dal corpo elettorale. In questo senso l’esito referendario, anche qualora sconfessasse l’*imprinting* della maggioranza di governo, non darebbe adito alla necessità di dimissioni della stessa, che è politicamente irresponsabile per una scelta che non è propria, trincerandosi dietro la circostanza che è il popolo sovrano che si è espresso in quei termini su quella data e sulla questione, non inficiando la legittimazione delle istituzioni⁵. Non a caso anche Laclau ha sostenuto che il germe negativo del populismo risiede nel grado di responsività dei rappresentanti del popolo sul piano istituzionale delle scelte politiche effettuate (LACLAU, 2007). Minore è la responsività dei governanti nelle scelte politiche come nelle vicende referendarie che si analizzeranno, più si avrà la degenerazione della ideologia populista.

Si aggiunga che non pare che si scorga la volontà dei governi di indire *referendum* per integrare la società civile nelle scelte istituzionali più importanti anche attraverso una funzione pedagogica dello strumento partecipativo, perché se il corpo elettorale è posto innanzi a scelte di alto tecnicismo, è evidente che non è messo nelle condizioni di scegliere con consapevolezza le questioni e comprenderne le conseguenze positive e negative. Non a caso per prendere scelte così difficili, sono eletti rappresentanti che, almeno idealmente, dovrebbero essere in grado di scegliere le soluzioni più giuste, anche tecnicamente, salvo la possibilità di intervento del corpo elettorale a livello correttivo o per riconoscerne la legittimazione delle scelte politiche dei propri rappresentanti

⁴ (LABRIOLA, 1987: 22).

⁵ (LUCIANI, 2005: 95). L’Autore sostiene che “anche qualora la consultazione referendaria fosse stata indetta dalla maggioranza di governo, investendo la propria credibilità e il proprio patrimonio di consenso, non sarebbe obbligata a dimissioni in caso di esito negativo”, perché “la votazione referendaria esprime la volontà dell’elettorato solo in riferimento allo specifico quesito proposto, mentre i significati ulteriori non sono pianamente riconducibili a quella volontà”.

come funzione di controllo dei governati sui governanti⁶, ovvero verificare che le scelte dei governanti corrispondano effettivamente ai bisogni dei governati⁷. In questo modo anche le scelte dotate di un elevato tecnicismo, se poste al volere popolare, confermano la legittimità politica e popolare rispetto alle scelte euro-unitarie, e, in alcuni casi, rispetto alle scelte di un diverso asse organizzativo del sistema costituzionale.

È un dato che negli ultimi anni il ricorso al *referendum* popolare è stato numericamente rilevante in Europa, soprattutto su questioni tecnicamente complesse in termini istituzionali, tanto nazionali, tanto sovranazionali⁸, indette dalle maggioranze di governo. Si aderisce alla spiegazione di Volpi (2016:1-33) che individua tre ragioni “politiche” per spiegare questo fenomeno: la crisi della democrazia rappresentativa, che ha indotto i *leaders* politici a ricercare consenso popolare per le decisioni, prese non più a livello statale, che incidevano vistosamente sui diritti delle persone, anche per non assumersi la responsabilità politica delle eventuali ricadute negative di tali scelte, nonché l’appello al popolo sovrano tramite l’indizione di *referendum* da parte delle opposizioni, soprattutto partiti a vocazione territoriale, per evidenziare le crepe delle decisioni assunte dalle maggioranze dei governi nazionali. A ciò si affianca la crisi dei partiti politici che non avendo più una facile cittadinanza nei meandri della democrazia rappresentativa come catalizzatori organici delle istanze sociali tra istituzioni e società civile, hanno ricorso agli strumenti referendari per “testare” il proprio consenso tra gli elettori. Infine, quasi fosse l’epifenomeno della situazione di crisi, si adduce la crisi del sistema bipolare della democrazia maggioritaria, ove “l’emergere di divisioni interne alla coalizione o al partito di maggioranza ha spinto talvolta a ricercare nel voto popolare la soluzione del conflitto interno e/o la ratifica dell’orientamento sostenuto dal leader” (VOLPI, 2016:3).

La comparazione dei recenti eventi referendari permette uno studio arti-

⁶ (CAGLIARI, ULERI, 1994: 5). Uleri ha infatti sostenuto che “The referendum experience in Europe represents an important part of the whole phenomenon among democracies” e che “It has been employed to take decisions affecting the process of European economic and political integration; it may play a larger role in this process in future”.

⁷ (LUCIANI, 2005: 102). L’Autore però evidenzia che “questa osservazione, peraltro, non può essere estremizzata, poiché, altrimenti, si cadrebbe nel noto paradosso montesquieuiano, in ragion del quale varrebbe l’idea che “le peuple, maladroit pour apprécierleslois, possèdeaucontraire un don spécial pour choisirleshommes””.

⁸ (VOLPI, 2016: 1-33). L’Autore sostiene che “l’ondata delle votazioni popolari è stata caratterizzata non solo dall’aspetto quantitativo, ma anche da quello qualitativo, in quanto sempre più spesso hanno riguardato questioni complesse e l’esito del voto ha avuto un’incidenza importante sul sistema istituzionale nazionale e talvolta anche sul livello sovranazionale”.

colato in tre filoni di ricerca, per cercare di analizzare quale rapporto tassonomico si sta delineando tra democrazia, tecnocrazia e populismo:

1. *referendum* popolari e le istanze territoriali *rectius* secessioniste (Scozia; Catalogna; Veneto e Lombardia);
2. *referendum* popolari e l'Unione europea (caso greco; Brexit; *referendum* ungherese);
3. *referendum* popolari e riforma costituzionale (Italia);

3. *Il referendum popolare e le istanze secessionistiche: i casi di Scozia, Catalogna, Veneto e Lombardia*

La crisi economica e finanziaria ha generato un doppio fenomeno: da un lato le spinte centripete del processo di integrazione europea, e dall'altro spinte centrifughe di porzioni territoriali che hanno rivendicato il diritto di autodeterminazione rispetto all'ordinamento costituzionale statale di afferenza. Le politiche di austerità, infatti, se da un lato hanno necessitato un accentramento dei poteri a livello centrale, soprattutto sovranazionale, riducendo gli spazi di manovra che erano stati conquistati dalle autonomie territoriali, dall'altro hanno innescato le spinte secessioniste degli stessi territori, in alcuni casi già risalenti nel tempo e radicati nella cultura e nella storia dei territori, in altri per una ragione di "‘egoismo fiscale’ dei singoli enti decentrati" (CARROZZA, 2014), in entrambi i casi per attirare maggiore consenso politico sul tema del diritto di secedere o di autodeterminazione dei popoli.

Negli ultimi sei anni presi in analisi si sono svolte tante iniziative referendarie sul diritto di secedere dei popoli, come le questioni della Catalogna in Spagna, della Scozia nel Regno Unito, del Veneto in Italia⁹, infilandosi una forte stoccata al costituzionalismo europeo che si reggeva sull'idea di sovranità statale. Questo è un fenomeno che è stato definito *Subnational Constitutionalism* (MARTINICO, DELLEDONNE, POLIER, 2014:2) e che ha visto nell'uso dell'appello al popolo, la valvola di sfogo della crisi della sovranità e della rappresentanza a livello statale, non essendo più in grado, i singoli Stati, di predisporre un quadro di soluzioni efficaci alle esigenze delle popolazioni, sempre più difficili tecnicamente.

In entrambi i casi è stata messa in discussione la sovranità statale, perché accettare a livello costituzionale il diritto di secedere di una parte del territorio significa rompere con l'ordinamento costituzionale costituito, perché gli effetti politici e giuridici dell'esito referendario di matrice secessionista imporreb-

⁹ Si ricordi anche la vicenda belga e la recente questione Russo-Ucraina che non saranno oggetto della presente trattazione.

bero la creazione di un nuovo Stato autonomo rispetto a quello dal quale si chiede espressamente di secedere, non essendovi viceversa espressioni di un'idea plurinazionale della forma di Stato o di "una genuina logica federativa" (FERRAIUOLO, 2017:11-12). Tali espressioni, invece, rappresenterebbero una continuità costituzionale nell'ordinamento, perché le esigenze sociali e culturali di autodeterminazione che sono alla base di tali istanze secessioniste, rientrerebbero nei binari già predisposti dal patto costituzionale e democratico originario. Interessante è segnalare che i promotori (*leaders* dei partiti indipendentisti nel caso della Scozia, il governo catalano nel caso della Catalogna, la Regione nel caso del Veneto) pongono in dubbio la sovranità statale, ma non l'appartenenza all'Unione europea. Il filo conduttore di tale considerazione è dato dall'inopportunità economica e commerciale di isolarsi dal resto d'Europa e dai vantaggi che il mercato eurounitario garantisce¹⁰. In tutti e tre i casi i *referendum* sono preventivi, non hanno valenza giuridica, ma gli esiti giocano un peso politico non indifferente sui governi nazionali. Tuttavia, è necessario fare delle distinzioni.

Il primo *referendum* è stato quello scozzese del 18 settembre 2014, che ha visto la sconfitta degli indipendentisti. Nel caso scozzese non pare di scorgere accenti populistici nell'uso del *referendum* per più ordini di ragioni, una storica e identitaria, l'altra politica e giuridica. La ragione storica e identitaria è da attribuire alla tradizione e alla cultura scozzese che ha mantenuto nei secoli una propria autonomia rispetto a quella inglese, mentre la ragione politica e giuridica risiede nella tradizione costituzionale britannica attenta alle libertà individuali e nell'assenza di una Costituzione scritta, che imponga un principio di un'unità nazionale intangibile se non attraverso una rottura del sistema. Ciò ha permesso a Alex Salmond di fare del *referendum* indipendentista uno strumento di confronto politico con Westminster privo di conflittualità, al fine di ottenere maggiori elementi di *devolution*. Questi elementi hanno permesso alla popolazione scozzese di partecipare serenamente alla consultazione referendaria senza influenze demagogiche e senza difficoltà di comprensione del quesito e delle conseguenze dell'esito a livello squisitamente tecnico. Si aggiunga che nel caso scozzese una delle ragioni poste alla base dell'indizione

¹⁰ (DE CARIA, 2014: 1617). L'Autore sostiene, invece, che "Il referendum è allora lo strumento giuridico e politico per rivendicare il carattere di non ineluttabilità di tale processo unitario e sfidare così la tenuta del "contratto sociale europeo", chiedendo ai popoli d'Europa di dichiarare espressamente se sussista davvero il loro "consensus" ad una maggiore integrazione così prefigurata ora dal TFUE"; ancora "il carattere anti-europeo dei referendum indipendentisti si può allora meglio precisare come non rivolto all'integrazione europea tout-court, quanto piuttosto all'integrazione politica (e fiscale), rimanendo queste iniziative indifferenti, se non apparentemente favorevoli, al mantenimento delle libertà economiche".

referendaria era di matrice economica per rivendicare una maggiore autonomia gestionale del gettito fiscale all'interno del territorio scozzese. La matrice economica di tale referendum non si accosta al *leit-motif* del c.d. egoismo fiscale, la cui mancanza ha permesso lo svolgimento della consultazione con toni meno demagogici e populistici. Infatti l'approccio del Governo britannico nei confronti della causa scozzese è stato definito come una vera e propria "lezione di democrazia" (CARAVALE, 2014:11), perché davanti all'alternativa secca tra il rimanere nel UK o secedere, si stanno sperimentando nuove forme di plurinazionalismo all'interno della dimensione statale percorrendo la strada del riconoscimento di maggiori sacche di *devolution*. Il percorso britannico nel caso scozzese pare essere la riscoperta del referendum quale strumento a tutela delle minoranze nazionali (FERRAIUOLO, 2017:11-12).

La vicenda referendaria della Catalogna si è svolta il 9 novembre 2014. I dati salienti di questa vicenda sono la forte matrice identitaria del popolo catalano e l'ostacolo che la Costituzione scritta pone con il principio di unità nazionale. La questione della consultazione è stata più travagliata, innanzitutto perché è stata indetta dalla sola iniziativa del governo catalano, essendo così stata considerata una mera "Consultazione volontaria" priva di efficacia giuridica, pur avendo un peso politico evidente nei confronti del governo di Madrid, sia per l'alta partecipazione popolare (più di due milioni), sia per la schiacciante vittoria per il "Sì". Tuttavia, non avendo il governo di Madrid mai riconosciuto valenza giuridica all'indizione del *referendum* e avendo impugnato tutti gli atti prodotti dal *Generalitat* catalana, il *Tribunal Constitucional* non solo ha sospeso gli atti del governo catalano, ma ha anche precisato che l'ostacolo al riconoscimento del diritto di secedere è di tipo costituzionale, per cui l'unica via percorribile è quella della revisione costituzionale totale o parziale attraverso una procedura aggravata, che richiede una doppia approvazione a maggioranza di due terzi delle *Cortes Generales*, con scioglimento e nuove elezioni tra la prima e la seconda votazione e un *referendum* di ratifica da parte del corpo elettorale¹¹.

Gli accenti populistici sembrano acuirsi in Catalogna ove si è tenuto un nuovo *referendum* indipendentista il 1 ottobre 2017. L'equilibrio politico-costituzionale tra il governo di Madrid e il governo catalano è fortemente inclinato, perché gli interventi normativi catalani¹² si pongono in rottura rispetto all'ordinamento costituzionale e rispetto alle decisioni del TC. Infatti, con la *lleis* n. 19 del 2017 e successivi decreti il governo catalano pare disconoscere i poteri costituzionalmente costituiti, formulando l'indizione del *referendum*

¹¹ Titolo preliminare, Titolo I, cap. II, sez. I; Titolo II, Costituzione spagnola.

¹² In Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya (DOGC9, n. 7449A del 6 settembre 2017; DOGC, n. 7450 del 7 settembre 2017; DOGS n. 7451 A dell'8 settembre 2017).

d'autodeterminació de Catalunya e la *lei* n. 20 per disporre *de transitorietat jurídica i fundacional de la República*. In particolare, si riconosce espressamente validità legale e vincolatività giuridica al *referendum* a dispetto del divieto imposto dal TC e, inoltre, si approva una nuova costituzione transitoria per un nuovo ordinamento repubblicano che entrerà in vigore in caso di vittoria del fronte indipendentista e che aprirà il processo costituente per la fondazione della nuova Repubblica di Catalogna. L'elemento populista dell'uso dello strumento referendario si annida nella promessa del programma elettorale delle forze indipendentiste in Catalogna in occasione delle elezioni del 2015. Il risultato elettorale a favore delle liste indipendentiste ha generato un *exploit* di legittimazione elettorale per il progetto secessionista che ha rinviato le intenzioni dei *leaders* a perseverare nel progetto secessionista promettendo l'indizione di un referendum che permettesse al popolo catalano di rispondere al quesito “*Voleu que Catalunya sigui un estat independenten forma de república?*”.

Il *referendum* indipendentista catalano ha risvolti molti interessanti in termini giuridici e in termini politici. La consultazione si è svolta con toni più demagogici, non solo perché forte è la base identitaria e culturale del popolo catalano, ma anche perché l'egoismo fiscale ha giocato un ruolo di primo piano durante la campagna referendaria (DE CARIA, 2014:1629-22).

L'ultimo caso di *referendum* indipendentista è quello della Regione Veneto, che sul combinato disposto delle leggi regionali nn. 15 e 16 del 2014 aveva indetto un *referendum* consultivo per chiedere al popolo veneto se volesse un'indipendenza della Regione rispetto alla Repubblica italiana. L'art. 1 della l.r. n. 16, che prevede la possibilità di indire *referendum* regionali consultivi sull'indipendenza della Regione Veneto, è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale che ha ritenuto che il *referendum* regionale, ancorché consultivo, non possa scalfire i principi fondamentali dell'ordinamento statale, dal momento che anche una mera consultazione referendaria, seppur priva di effetti giuridici, “suggerisce sovvertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5, Cost.”, nonché esso è contrario alle procedure di revisione costituzionale necessaria per, eventualmente, accettare la richiesta di secessione di porzioni di territorio ai sensi dell'art. 138 Cost.¹³, mentre la Corte salva dalla declaratoria di incostituzionalità l'art. 2, c. 1, n. 1) della l. 15/2014, che prevede la possibilità di chiedere tramite *referendum* regionale consultivo maggiori condizioni di autonomia.

Il *referendum* veneto non sembra possa essere assimilato alla vicenda scoz-

¹³ Corte costituzionale, sent. n. 118 del 2015.

zese e a quella catalana per quanto concerne le ragioni storico e identitarie del popolo veneto, ma appare come un espediente per far valere il c.d. egoismo fiscale della popolazione veneta rispetto ad un sistema di distribuzione perequativo delle ricchezze su scala nazionale, come si evince dalla pronuncia n. 118 del 2015 della Corte che sostiene come i quesiti referendari “profilano alterazioni stabili e profonde degli equilibri della finanza pubblica, incidendo così su legami di solidarietà tra popolazione regionale e il resto della Repubblica”¹⁴. Quanto basta per concordare con la tesi secondo cui la legittimità di tale richiesta secessionista sarebbe costituzionalmente accettabile se si verificasse la circostanza che “la relazione tra Stato e comunità territoriale ‘oppressa’ si venga a configurare nei termini di un vero e proprio sfruttamento economico in assenza peraltro di procedure o sedi di rappresentanza degli interessi territoriali nelle quali tali istanze possano trovare idonea rappresentazione e discussione” (STRADELLA, 2015:337-339). Non pare essere questa la circostanza in cui verte il popolo veneto e, dunque, si ritiene che l’uso del *referendum* regionale consultivo per istanze secessioniste è stato abusato con marcati intenti populistici da parte dei *leaders* politici e dalle istituzioni rappresentative territoriali per dimostrare il *consensus* della popolazione veneta rispetto alle pretese di indipendenza economica e fiscale.

Diverse sono le considerazioni che gravitano intorno alla prossima tornata referendaria veneta e lombarda del 22 ottobre 2017. Seppur è riscontrabile una matrice economica di egoismo fiscale alla base della nuova indizione del referendum, la formulazione del quesito sembra rispettare l’art. 116, III comma, Cost., ove chiederà al cittadino veneto “Vuoi che alla Regione del Veneto siano attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia?”. Il quesito richiama la formula del dettame costituzionale dell’art. 116, comma III, Cost. di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia”, seguendo il processo legalmente imposto per ottenere nuove forme di autonomia che prevede in caso di esito positivo l’approvazione di una legge dello Stato a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere, sulla base di intesa fra Stato e Regione interessata, sentiti gli enti locali coinvolti. Non pare porsi in rottura con l’ordinamento costituito, bensì in continuità con lo stesso, abbandonando

¹⁴ (SUNSTEIN, 1991: 648). (STRADELLA, 2015: 336-339). Cfr. (BARTOLE, 2015: 942). L’Autore sostiene che “la Corte costituzionale italiana nega alle Regioni il potere di indire referendum consultivi su scelte di livello costituzionale. [...] Il diniego riguarda sia la consultazione sull’avvento di una Repubblica indipendente e sovrana che quella sulla trasformazione della Regione Veneto in una Regione ad autonomia speciale. Riguarda ancora l’utilizzo dell’80% dei tributi pagati annualmente dai cittadini del Veneto nell’ambito territoriale di questa [...]”.

le pretese indipendentiste del primo referendum veneto rispetto alla Repubblica italiana, unica e indivisibile.

Mentre la formulazione del quesito del Veneto appare tuttavia ancora piuttosto generica, seppur evocante l'art. 116, comma III, Cost., quella adottata per il quesito lombardo sembra costruita pienamente sulle fondamenta della procedura costituzionalmente sancita, ove si legge "Volete voi che la Regione Lombardia, nel quadro dell'unità nazionale, intraprenda le iniziative istituzionali necessarie per richiedere allo Stato l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, con le relative risorse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 116, terzo comma della Costituzione". Il quesito lombardo appare ancora più esplicito e in sintonia con il quadro costituzionale, soprattutto là dove si specifica la volontà di permanere "nel quadro dell'unità nazionale" e si richiama *expressis verbis* la procedura costituzionalmente prevista per chiedere e ottenere dallo Stato forme maggiori di autonomia. Si depura il quesito da accenti populistici e si rende chiaro al votante che la Repubblica è unica e indivisibile.

La procedura dell'art. 116, comma III, Cost, appare uno strumento giuridico funzionale a garantire un pluralismo all'interno della dimensione statale attraverso la formazione di strutture federative e di regionalismo differenziato, che, come nel caso scozzese, possono ridurre i fenomeni d'abuso dell'utilizzo dello strumento referendario con effetti populistici, anziché come strumento di tutela delle minoranze. Il seguito politico e giuridico della vicenda veneta meriterà l'attenzione della dottrina costituzionalista perché si potrà verificare quali saranno i risultati raccolti all'indomani della tornata referendaria¹⁵.

4. Il referendum popolare e le istanze euroscettiche: i casi di Grecia, Brexit e Ungheria

Il processo di integrazione europea sembra vivere una battuta d'arresto anche in considerazioni delle ultime consultazioni referendarie, che evidenziano un fenomeno ovvero la scontentezza dei cittadini degli Stati membri rispetto alle politiche eurounitarie che vengono percepite come imposte da istituzioni non legittimate democraticamente. Il *deficit* democratico del sistema eurounitario è un argomento arato, ma che sembra acuirsi negli ultimi sette anni a causa della crisi economica e finanziaria, perché una parte considerevole

¹⁵ Al momento in cui si scrive non si è svolta ancora l'elezione referendaria del 22 ottobre 2017, indetto con decreto del 24 aprile 2017, n.50, a firma del Presidente della Giunta regionale del Veneto, Luca Zaia e con decreto del 24 luglio 2017, n.745, a firma del Presidente della Giunta regionale della Lombardia, Roberto Maroni.

delle politiche economiche è stata affidata ad organi *ad hoc*, come i Vertici Euro, Eurogruppo ristretto alla zona euro e a organi tecnico-amministrativi con ruolo di supervisor bancari, che hanno scavalcato il ruolo dei parlamenti nazionali attraverso l'accordo internazionale del *Fiscal Compact*, e hanno ricorso repentinamente al metodo intergovernativo per gestire la situazione di crisi. Questo modo di procedere della *governance* ha inflitto un colpo acuto alla democratizzazione delle istituzioni europee, che con i TUE e TFUE si stava finalmente raggiungendo, frustando la consapevolezza e la capacità degli elettori di poter incidere sulle politiche attraverso i canali rappresentativi e decisionali previsti, visto e considerato la perdita di competenze dei parlamenti nazionali a favore delle istituzioni eurounitarie non rappresentative, né il ruolo del Parlamento europeo è stato così decisivo da riempire il *gap* democratico delle scelte di politica economica. In ciò si innestano le istanze euroscettiche dei cittadini europei. I governi nazionali, privi di strumenti efficaci di controlli incisivi sul sistema di *governance* europea, hanno sfruttato il malcontento dei cittadini, scaricando le ricadute negative delle politiche sull'Ue, proponendo l'indizione di *referendum* popolari consultivi su tematiche euroscettiche.

I recenti eventi referendari che sono avvenuti in Ue dimostrano quanto si dice: la scarsa legittimazione democratica delle istituzioni eurounitarie e il ruolo sfumato dei legislatori nazionali, hanno alimentato le istanze euroscettiche delle popolazioni, inducendo i governi a sfruttare in senso populistico la situazione di crisi per riscoprire la sovranità statale. Ciò è quanto si ricava dalla vicenda greca del 26 giugno 2015, quando il governo *pro tempore* in carica aveva chiesto ai cittadini greci di pronunciarsi in merito alla proposta delle istituzioni europee e del FMI per risanare il dissesto economico e finanziario. L'esito del voto è stato quello di rigettare le proposte europee, con una maggioranza di 61,31% dei voti. Nonostante questa forte affermazione del corpo elettorale che ha così confermato il programma politico del Premier Tsipras rispetto al sistema eurounitario, il risultato elettorale è stato disatteso. Ai nostri fini preme sottolineare che l'indizione del *referendum* è servito per soppesare il consenso politico del *leader* di governo rispetto alle scelte eurounitarie imposte.

Un altro caso rilevante è quello della *Brexit* che ha visto impegnato il popolo britannico a rispondere all'ardua domanda se *Remain* or *Leave* in Ue. L'indizione di *referendum* consultivi sul processo di integrazione europea non è certo una novità, molti sono stati i casi in cui i governi nazionali hanno voluto consultare il corpo elettorale prima di procedere con la ratifica dei Trattati comunitari, si consideri che dal 1972 ad oggi si sono svolte cinquantaquattro consultazioni. Il referendum c.d. *Brexit* non è, quindi, un fulmine a ciel sereno nel panorama eurounitario, quel che ha destato scalpore è, invece, il risultato

della tornata referendaria che ha visto prevalere il *Leave* con il 52% dei voti validi espressi. Come nel caso greco anche in UK il Premier *in pectore* David Cameron, ha indetto il *referendum* consultivo, avvenuto il 23 giugno 2016, per consultare il corpo elettorale sulle questioni europee, al fine di verificare il proprio peso politico sia nel parlamento di Westminster, sia in seno alle istituzioni europee per ottenere maggiori benefici nel rapporto con l'Europa in conformità al proprio programma elettorale. Ancora una volta si registra l'utilizzo del *referendum* come strumento di verifica della legittimazione politica dei *leaders*, con il quale si pone il corpo elettorale davanti a scelte difficili in termini di ricadute giuridiche, economiche e politiche¹⁶.

Sulla stessa falsa riga sembra ergersi la motivazione che ha spinto il primo ministro ungherese, Viktor Orbàn, a indire un *referendum* popolare, svoltosi il 2 ottobre 2016, sull'accettazione delle c.d. quote migratorie imposte dall'Ue per fronteggiare la crisi migratoria che ha messo a dura prova l'Italia e la Grecia. In particolare, Orbàn ha dichiarato apertamente che tale *referendum* ha lo scopo "di rendere chiaro al popolo ungherese, e a quello europeo nel suo insieme, l'incidenza delle scelte politiche unilaterali europee". Del resto anche la semplice lettura del quesito non lascia adito a diverse considerazioni: "Volete che l'Unione europea imponga l'insediamento forzato di cittadini non ungheresi sul territorio nazionale senza il consenso del Parlamento?".

Nel caso ungherese l'abuso dello strumento referendario con intenti populistici da parte del leader per ottenere maggiore consenso rispetto alle istanze euroscettiche sostenute nel suo programma di governo, è reso evidente dalla constatazione che Orbàn era cosciente che l'esito della consultazione non avrebbe prodotto effetti giuridici. Infatti l'art. 8 della nuova Legge Fondamentale ungherese prevede che i *referendum* sono sì vincolanti per l'Assemblea generale, ma che, ai sensi del comma III lett. d), non possono essere indetti su questioni derivanti dai Trattati internazionali¹⁷. Orbàn ha semplicemente voluto dimostrare che, nonostante non fosse stato raggiunto il *quorum* del 50% e nonostante non fosse costituzionalmente legittimo il quesito su questioni atti-

¹⁶ Si segnala che si è pronunciata l'High Court of Justice, Queen Bench Division – Divisional Court, con la sentenza del 2 novembre 2015. L'Alta Corte ha affermato che la sovranità spetta al Parlamento britannico, *rectius* alla Crown, per la determinazione della procedura di cui all'art. 50 del TUE e che il referendum Brexit ha valore solo consultivo. La questione è stata sollevata innanzi alla Supreme Court UK, che si pronuncerà tra il 5 e 8 dicembre, in seguito al ricorso presentato dal governo di Theresa May.

¹⁷ Sono stati presentati quattro ricorsi avverso l'atto di approvazione dell'Assemblea generale per l'indizione del referendum. La Corte costituzionale può essere adita entro 15 giorni, e deve pronunciarsi entro 30 giorni. La Corte ha respinto i ricorsi per vizi formali, non entrando nel merito costituzionale della vicenda.

nenti ai trattati internazionali, il 98% dei voti espressi, pari al 43,91% dei votanti degli elettori ungheresi, ha respinto i *diktat* europei.

In tutti e tre i casi esaminati emerge che l'intento alla base della indizione delle consultazioni referendarie su questioni "europee", tendenzialmente euroscettiche, è quello di infangare l'autorevolezza delle politiche europee e di rinvigorire il ritorno alla primazia della sovranità statale attraverso forme di parvenza democratica, come la consultazione diretta dei popoli, una sorta di "taking back control" (WRIGHT, 2015). La portata di queste consultazioni è marcatamente populistica e le conseguenze di difficile situazione tecnica.

5. *Il referendum costituzionale in Italia*

Merita la dovuta attenzione la vicenda del *referendum* costituzionale che si è tenuto il 4 dicembre 2016 in Italia sulla legge di revisione costituzionale Renzi-Boschi, perché sembra cogliere l'attuale rapporto tra democrazia, populismo e tecnocrazia, evidenziato dal mutamento genetico dell'istituto referendario da strumento "oppositivo" delle minoranze a strumento di "legittimazione" politica delle maggioranze di governo.

Come è ben noto, la Costituzione italiana è una costituzione rigida che prevede strumenti e procedure di modifica e revisione. In particolare, l'articolo 138 Cost. dispone un procedimento doppiamente aggravato rispetto alla procedura di approvazione della legge ordinaria: si prevede una forma di "aggravamento ordinario" a carattere necessario e una forma di "aggravamento integrato" che è eventuale. Questa seconda forma di aggravamento è quella che prevede l'eventuale indizione del *referendum* popolare, qualora per la seconda approvazione si sia raggiunta la "sola" maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. In questo caso è possibile l'intervento del corpo elettorale purché ne facciano richiesta, entro tre mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del testo licenziato dalle Camere, un quinto dei membri di una delle Camere, oppure 500.000 elettori o cinque consigli regionali. Non è previsto alcun *quorum* di validità a differenza del *referendum* abrogativo di cui all'art. 75 Cost.

Secondo dottrina illustre il *referendum* costituzionale *ex art.* 138 Cost. è di natura oppositiva ovvero predisposto per le minoranze perché possano opporsi a quella modifica della carta costituzionale che ha già ottenuto l'approvazione della maggioranza assoluta di governo, perché se la maggioranza in seno alle Camere raggiunge i 2/3, la riforma si intende approvata. Ciò evidenzia, innanzitutto, che l'intervento del corpo elettorale è eventuale nel procedimento di riforma costituzionale. Tale *referendum* è anche eventuale, nel senso che può essere indetto, ma non vige alcun obbligo costituzionale di

indirlo, sia qualora venga raggiunta la maggioranza dei 2/3, sia qualora l'approvazione del testo abbia raggiunto la sola maggioranza assoluta decorsi inutilmente i termini per presentare la richiesta referendaria. Ciò induce ad aderire alla tesi di coloro che sostengono l'incostituzionalità della qualificazione del *referendum* "confermativo" nel titolo del decreto del Presidente della Repubblica con il quale è stato indetto¹⁸. Se fosse "confermativo", il *referendum ex art. 138 Cost.* sarebbe obbligatorio e necessario, e la legge non potrebbe essere promulgata in assenza di richiesta del *referendum*, cosa che non è ai sensi dell'art. 5 della l. n. 352 del 1970. Inoltre, a dimostrazione che si tratta di un *referendum* oppositivo, è la mancanza della previsione di un *quorum* di validità, che permette alle minoranze "attive" di bloccare la promulgazione della riforma costituzionale. Del resto non avrebbe senso che la stessa maggioranza di governo che ha approvato il testo, chiedesse al corpo elettorale di confermarla o sconfessarla solo per opera di una minoranza *rectius élite* di partecipanti al voto. Eppure è ciò che è avvenuto, si ritiene, per ottenere una legittimazione politica da parte del corpo elettorale, abusando della sostanza dell'art. 138 Costituzione.

Un altro dato rilevante è la difficoltà tecnica per gli elettori di capire ed essere in grado di esprimere un'opinione libera e consapevole rispetto ad una modifica così corposa della seconda parte della Costituzione. Il quesito referendario perché sia ammissibile, per espressa giurisprudenza costituzionale¹⁹, deve rispettare il requisito della omogeneità ovvero avere un contenuto chiaro e semplice e riguardante questioni attinenti tra loro. Se così non è, "è 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.)". L'effetto è quello di far cambiare natura allo strumento referendario perché "uno strumento essenziale di democrazia diretta, quale il referendum abrogativo, non può essere infatti trasformato – insindacabilmente – in un distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengano in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia, nei confronti di complessive inscindibili scelte politiche dei partiti o dei gruppi organizzati che abbiano assunto e

¹⁸ Il decreto del Presidente della Repubblica emanato il 27 settembre 2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 28 settembre 2016, ha indetto "referendum popolare confermativo" sul quesito così formulato: «Approvate il testo della legge costituzionale concernente "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione" approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016?».

¹⁹ Corte costituzionale, sent. n. 16 del 1978.

sostenuto le iniziative referendarie” (n. 5 del Considerato in diritto). Un unico quesito referendario sulla riforma di tutta la seconda parte della Costituzione nasconde insidie tecniche per l’elettore che così è posto davanti ad una decisione secca tra il “sì” e il “no” senza poter esprimere il proprio voto libero e consapevole. Questo *modus operandi* fa di tale *referendum* costituzionale uno di tipo “approvativo”, che è legittimo quando si esprime su un nuovo atto fondativo (come il *referendum* istituzionale tra Repubblica e Monarchia), ma che non rispecchia l’art. 138 Cost²⁰.

6. Considerazioni conclusive

La ricerca ivi presentata ha cercato di cogliere quale sia l’andamento delle democrazie in Europa analizzando i recenti episodi referendari. I primi elementi in comune a tali vicende referendarie che si possono riscontrare sono: l’elevato tecnicismo in termini di ricadute legislative ed economiche dei quesiti referendari; l’utilizzo di un linguaggio populistico e semplicistico per mascherare il tecnicismo della domanda posta agli elettori; l’abuso dello strumento referendario come rafforzamento della *leadership* dei governi nazionali rispetto all’Ue. Preme sottolineare che i cittadini sono chiamati a rispondere a quesiti molto difficili a livello tecnico, snaturando quindi la funzionalità dello strumento referendario rispetto al corretto funzionamento della democrazia.

È quindi necessario riflettere nell’attuale panorama europeo se gli strumenti democratici ideati dal costituzionalismo moderno riescono ancora a fungere da antidoto rispetto al *modus* di un tipo di democrazia tendenzialmente plebiscitaria, che proprio dalla tecnocrazia, che veste i panni del populismo, sembra attingere la linfa vitale. L’evoluzione del concetto di democrazia rappresentativo-partecipativa che si struttura su un sistema rappresentativo integrato da interventi diretti del corpo elettorale sta perdendo i suoi moti iniziali, virando verso una democrazia che Nadia Urbinati (2013) ha definito “in diretta” o democrazia dell’*audience* ove i cittadini che partecipano ai processi democratici partecipativi sono ridotti a ruolo di spettatori chiamati ad esprimere un giudizio secco su questioni di difficile comprensione. In questo modo il *referendum* diventa un’acclamazione plebiscitaria ogni qualvolta lo richieda il leader, senza la necessità che l’elettore comprenda il quesito.

Forse il problema è proprio nella tecnicità delle questioni poste ovvero nella volontà dei governanti di far credere che le questioni siano altamente tecniche e che quindi le soluzioni prospettabili siano perfettamente tassative

²⁰ La distinzione tra referendum approvativo su un nuovo atto fondativo e referendum su modifiche della Costituzione è proposta da (ROMBOLI, 2007: 6).

ed alternative l'una all'altra perché è la scientificità delle materie che lo richiede. Mi chiedo se in realtà non sia questo l'errore che sfocia in populismo: continuare a perseverare nella convinzione che la tecnocrazia sia una metodologia di governo spuria di considerazioni politiche che, invece, necessitano del metodo "politico" di confronto e sintesi delle istanze pluraliste che si pongono. Ogni scelta, anche tecnica, impone una scelta di valori che si raggiunge attraverso i metodi democratici e consensuali. Cogliere questo equivoco potrebbe essere un primo passo per riscoprire il valore del metodo democratico del confronto e formazione dell'opinione pubblica, tale da riscoprire il vero valore della partecipazione popolare tramite l'utilizzo del *referendum* popolare all'interno del circuito rappresentativo. Il *referendum* popolare funziona se i cittadini sono in grado di esprimere liberamente e consapevolmente il proprio voto anche su questioni politiche con forti ricadute tecniche a cui saranno i rappresentanti a porvi eventualmente rimedio.

Riferimenti bibliografici

ANGELINI F., M. BENVENUTI M.. (2012). *Il diritto costituzionale alla prova della crisi finanziaria*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012. Napoli: Jovene.

ARAVANTINOU LEONIDI G.. (2015). "La sfida di Atene all'Europa dell'austerità: il referendum del 5 luglio 2015". *Rivista Federalismi.it*, n° 14.

BALDASSARRE A. (1994). "Il "referendum" costituzionale". *Quaderni costituzionali*, XIV, n° 2.

BARTOLE S. (2015). "Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenze e divergenze fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale spagnolo, anche con ripensamenti alla giurisprudenza della prima". *Giurisprudenza costituzionale*, n° 3, p. 939-945.

BUTLER D., RANMEY A. (1994). (a cura di), "Referendums: A Comparative Study of Practice and Theory, American Enterprise Institute for Public Policy Research". Washington.

CAGLIARI M., ULERI P.V. (1994). (a cura di), *Democrazie e referendum*. Roma-Bari: Laterza.

CARVALE G. (2014). "Il referendum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both worlds". *Federalismi.it*, n°18, p. 11.

CARBONI G.G. (2016). "A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e sull'Unione europea". *DPCE online*, n° 2.

CARBONI G.G. (2015). "Referendum e rappresentanza nell'Unione Europea". *Percorsi costituzionali*, n° 3, p. 451-478.

CARNEVALE P. (2016). "Il referendum costituzionale del prossimo (sic!) dicembre fra snodi procedurali, questioni (parzialmente) inedite e deviazioni della prassi". *Costituzionalismo.it*, n° 2.

- CARROZZA P. (2014). "Secessioni, integrazione europea, sovranità: nuovi e vecchi problemi del costituzionalismo". *DPCE*, n°1, Editoriale XIX-XXVII.
- CASTELLÀ ANDREU J.M. (2014). "El problemàtic en caje constitucional del "derecho a decidir" de Catalunya y susvías de ejercicio". *Percorsi costituzionali*, n° 3, p. 807-830.
- DE CARIA R. (2014). "I referendum independentisti". *DPCE*, n° 4.
- DE VERGOTTINI G. (2015). "Politiche europee: stallo o regresso?". *Percorsi costituzionali*, n° 3, p. 303-307.
- DUNNE M. (2014). "Divided politics in the United Kingdom: the Scottish Referendum, the Rise of Ukip and British Relations with the European Union". *Percorsi costituzionali*, n° 3, p. 787-805.
- FERRAIUOLO G. (2017). "Rappresentanza e populismo". *Rivista AIC*, n° 3, p. 6 ss.
- FERRAIUOLO G. (2017). "Sovranità e territorio alla prova della crisi catalana". *Federalismi.it*, p.11-12.
- FERRARI G.F. (2012). (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, Giappichelli.
- FONTANA G. (2016). "Il referendum costituzionale", in P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, Roma, p. 15 ss.
- FROSINI T.E. (2014). "Costituzione, autodeterminazione, secessione". *Percorsi costituzionali*, n° 3, p. 605-611.
- HAIDER-QUERCIA U. (2015). "Attori europei in ritardo: i parlamenti nazionali in ricerca del loro ruolo europeo". *Percorsi costituzionali*, n° 3, p. 429-450.
- HAIDER-QUERCIA U. (2014). "Ordinamenti autonomistici tra riforma e secessione: il significato dei referendum in Scozia ed in Catalogna". *Percorsi costituzionali*, fasc. n. 3, p. 665-684.
- LACLAU E. (2007). *On Populist Reason*. London: Verso Books.
- LUCIANI M. (2005). *Art. 75 Cost*, in *Commentario alla Costituzione*, p. 82 ss.
- MAINARDI E. (2014). "Il referendum in Scozia: tra devolution e indipendenza". *Federalismi.it*, n° 17.
- MAINARDI E. (2016). "Ungheria quote migranti: il referendum di Orbàn manca il quorum". *Federalismi.it*.
- MAJONE G.D. (1998). "Europe's "Democratic Deficit": The Question of Standards". *European Law Journal*, p. 18 ss.
- MANCINI S. (2014). "Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione". *Percorsi costituzionali*, n° 3, p. 624-637.
- MANCINI S. (2014). "Costituzionalismo, federalismo e secessione". *Istituzioni del Federalismo*, n° 4, p. 779-805.
- MARGIOTTA C. (2005). *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Bologna.
- MARTINICO G., DELLEDONNE G., POLIER P. (2014). "Re-exploring subnational constitutionalism". *Perspective on Federalism*, n° 6, p. 2.
- MASTROMARINO A. (2014). "Indipendentismo e integrazione europea in dialogo". *Percorsi costituzionali*, n° 1, p. 639-664.

MAZZAROLLI L.A. (2017). "Annotazioni e riflessioni sul referendum in materia di autonomia che si terrà in Veneto il 22 ottobre 2017". *Federalismi.it*.

MENY Y. (2016). "La crisi politica". *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, p. 621-638.

ONIDA V. - RANDAZZO B. (2016), "Note minime sulla illegittimità del quesito referendario". *Rivista AIC*.

PACE A. (2016). "Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali". *Rivista AIC*, n° 2. ROMBOLI R. (2007). *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138*, in PISANESCHI A., L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a settanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanellidè Santi*. Milano. p. 573 e ss.

PINELLI C. (2016). "Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione Europea". *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, p. 639-649.

PIZZORUSSO A. *Sezione II – revisione della Costituzione. Leggi costituzionali. Comm. alla Cost.*, p. 719.

SCHARPF F. (1999). "Governing in Europe: Effective and Democratic?". Oxford: Oxford University Press, p. 6.

SERGES G. (2015). "Autodeterminazione, diritto a decidere, indipendenza, sovranità (notazioni a margine della Legge regionale del Veneto, n. 16 del 2014)". *Federalismi.it*.

STRADELLA E. (2015). "Riflessioni a partire dalla sentenza n. 118/2015 della Corte costituzionale: indissolubilità, autonomie e indipendentismi alla prova del costituzionalismo", in (a cura di) E. CATELANI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Profili attuali di diritto costituzionale*. Pisa: Pisa University Press, p. 329-340.

SUNSTEIN C. (1991). "Constitutionalism and Secession". *The University of Chicago Law Review*, n° 458, p. 648 ss.

TORCHIA L. (2016). "In crisi per sempre? L'Europa fra ideali e realtà". *Riv. Trim. dirit. Pubbl.*, p. 619-620.

TORRE A., FROSINI J.O. (2012). *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli.

TOSI D.E. (2014). "Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea". *DPCE*, n° 1, p. 1591-1609.

URBINATI N. (2013). *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*. La Feltrinelli.

VOLPI M. (2016). "Referendum e iniziativa popolare. Quale riforma". *Costituzionalismo.it*, n° 2, p. 1-33.

VOLPI M. "voce Referendum nel diritto costituzionale". *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, p. 500 ss.

WEBER M. (1961). *Economia e società*, trad. it., (a cura di) P. ROSSI. Milano: Edizioni di comunità, Vol. II, p. 751.

WRIGHT K. (2016). "Taking Back Control? Appeals to the People in the Aftermath of the UK's Referendum on EU Membership". *Costituzionalismo.it*, n° 2.

POPULISMO, TECNOCRAZIA E LA GLOBALIZZAZIONE
DELLE INFORMAZIONI:
INFLUENZA DEI SOCIAL NETWORK SULL'OPINIONE PUBBLICA
NELLE CONSULTAZIONI ELETTORALI

*Elena Falletti**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Stampa e social network: le conseguenze della (dis)intermediazione nella diffusione delle (dis)informazioni. – 3. Esiste una relazione tra crisi della rappresentanza ed esplosione dei social network? – 4. Facebook tra propaganda politica e censura. – 5. I referendum e la contrapposizione delle realtà. – 5.1. Il caso irlandese: i referendum sui *same-sex marriage*, sull'aborto e sul Trattato di Lisbona. – 5.2. Il referendum sul "Brexit". – 6. Conclusioni. – 7. Riferimenti bibliografici.

1. *Premessa*

L'idea che ha scaturito questa riflessione parte dalla constatazione che in tempi recenti si sta verificando un paradosso: da un lato sembrano ampliarsi gli spazi per la democrazia diretta attraverso l'espressione di referendum, dall'altro lato si teme che il corpo elettorale scelga l'altra risposta, quella temuta, spesso considerata "sbagliata". Ci si chiede infatti come il riconoscimento di un diritto fondamentale o l'approvazione di una riforma istituzionale importante possano essere lasciati a disposizione sovrana delle maggioranze espresse da un referendum, con il rischio che si realizzi la "tirannia della maggioranza" (De Toqueville, 1835), alla quale non importa delle conseguenze perché ha di fronte solamente se stessa.

A questo proposito, sovengono alla mente quelle perplessità manifestate da certa dottrina sull'abuso dello strumento referendario costituzionale negli ultimi anni, senza che ne fosse stata compiutamente studiata la natura dogmatica e la relazione con la teoria della separazione dei poteri dello Stato (Tierney, 2009: 360). Si tratta di un fenomeno in crescita come se, in generale, i rappresentanti della democrazia rappresentativa percepissero una crescente carenza della loro legittimazione politica e deresponsabilizzando il loro ruolo nelle riforme, specie in quelle di natura costituzionale. Sullo sfondo del confronto tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa rimangono comunque le elezioni con le quali il corpo elettorale è chiamato ad esprimersi e

* Università Carlo Cattaneo-LIUC, Castellanza (VA).

le relative campagne elettorali, durante le quali la manipolazione dell'opinione pubblica si spinge negli spazi ancora parzialmente esplorati, almeno da un punto di vista giuridico, relativi all'utilizzo di massa dei social network.

2. Stampa e social network: le conseguenze della (dis)intermediazione nella diffusione delle (dis)informazioni

Il confronto con l'esperienza del passato aiuta a porre nella giusta dimensione gli avvenimenti del presente e a provare a misurarne gli impatti sul futuro.

L'esperienza del passato ci insegna che l'avvento della stampa a caratteri mobili di Gutenberg è stata considerata rivoluzionaria per aver consentito l'uscita della cultura dagli scriptorium conventuali e aver contribuito alla divulgazione di idee rivoluzionarie come la Riforma Luterana e l'Illuminismo, con la faticosa formazione delle istituzioni democratiche, aperte e egualitarie come sono state conosciute finora nel mondo occidentale.

Ci si può chiedere se l'avvento della rivoluzione telematica globale, avvenuta con Internet, abbia apportato i medesimi vantaggi relativamente alla fruizione di contenuti culturali, istruzione collettiva e dei singoli, miglioramento delle capacità di elaborazione di testi e informazioni. Sono stati organizzati esperimenti di condivisione della conoscenza collettiva che indiscutibilmente hanno consentito a una maggiore divulgazione e diffusione della conoscenza, come ad esempio Wikipedia, l'enciclopedia che ripropone il modello illuministico, attraverso una modalità collettiva, scritta da utenti di tutto il mondo, raccolta in un medesimo spazio virtuale accessibile sempre e in ogni dove. Accanto a Wikipedia si segnalano altre due analoghe esperienze: da un lato le iniziative individuali del c.d. "citizen Journalism", chiunque, munito di strumenti telematici e una connessione dati, può diventare testimone di eventi e condividerli online; dall'altro lato i c.d. "social network" (il più famoso dei quali è Facebook, ma si segnala anche l'influenza nel dibattito pubblico apportata da Twitter o Instagram) che permettono a chiunque di esporsi e di trovare pubblico ovunque.

Seppure nessuno dei summenzionati esempi presenti una lunga esperienza come la stampa, comunque essi presentano alcune caratteristiche che ne rendono interessante la comparazione:

1. Wikipedia, citizen journalism e i social network influenzano enormemente il dibattito pubblico, conseguentemente la vita politica: non solo più di un luogo fisico determinato, ma l'impatto è immediato, globale e irreversibile, nel senso che una volta disseminate online, le informazioni (nonostante i meri-

tori sforzi giudiziari provenienti da più corti di rendere effettivo il “diritto all’oblio”) entrano a far parte del patrimonio comune e ciò è irreversibile, nel senso che non si può tornare indietro, ragionando come se l’informazione (vera o falsa) non fosse mai stata diffusa.

2. L’estrema difficoltà di verifica e controllo sulla correttezza, fondatezza, genuinità, sulle fonti, sulla veridicità delle informazioni diffuse, spesso “bufale”, comporta che la loro rettifica o correzione è nei fatti impossibile (Bessi, Zollo et al, 2015: 1)

3. Se la stampa aveva aperto l’accesso alla cultura alle persone in grado di leggere e scrivere stimolando la formazione dell’opinione pubblica, Internet e la globalizzazione delle informazioni stanno provocando un paradossale fenomeno inverso, cioè da un lato la frammentazione delle opinioni in una serie infinita di riferimenti autoreferenziali, come se Internet e Facebook fossero lo specchio vivo della complessità di individui alla ricerca di un palcoscenico al contempo piccolo (il loro account) ed enorme (vasto come la Rete stessa) sul quale esibirsi, indipendentemente dalle qualità di singoli, gruppi o enti.

La “disintermediazione” che caratterizza questo panorama nel suo complesso da un lato indebolisce il consenso su elementi fondati in materia di questioni scientifiche, sociali e politiche autentiche per orientarlo su dicerie, falsità, teorie complottiste (Bessi, Zollo et al, 2015: cit.), nonostante (o forse proprio a causa della) retorica entusiasta sulla “intelligenza collettiva”. Infatti il ruolo del complesso sistema “socio-tecnico” nel diffondere dibattiti e gli effetti di questi sulla pubblica opinione ancora non è chiaro, anche se il World Economic Forum ha inserito la disinformazione digitale di massa tra uno dei più rilevanti rischi della società attuale. (Bessi, Coletto et al . 2015: 2).

3. Esiste una relazione tra crisi della rappresentanza e esplosione dei social network?

Negli ultimi anni vi è stata una capillare diffusione di strumenti telematici di condivisione sociale, come ad esempio Facebook, Twitter, Instagram e così via. Dapprima orientati verso la proiezione online delle vanità di ciascun utente, più recentemente i social network hanno conosciuto un massiccio impiego nella condivisione di materiali, spesso apocriefi e di dubbia credibilità, ma fortemente connotati sotto un profilo politico come “anticasta” e caratterizzati per solleticare l’emotività e l’irrazionalità del pubblico. Ora stanno diventando un potente strumento di marketing politico utilizzato nelle campagne elettorali politiche, amministrative e referendarie.

La diffusione virale di siffatti materiali, il conformismo, la debolezza verso

il potere, l'eccessivo ricorso al sensazionalismo, la confusione tra notizie ed opinioni, l'assenza di responsabilità sociale attraverso la denigrazione delle minoranze e l'eccessiva semplificazione della realtà lo scetticismo verso il "fact-checking" nel verificare le fonti, che è attività molto più lenta della condivisione di tali materiali, rendono le "bufale" online impossibili da rettificare.

Ci si può chiedere se esista una relazione tra la crisi della rappresentanza e l'esplosione della comunicazione politica via Facebook (non soltanto di quella politica, ma in questa sede ci si concentra su questa rispetto alla comunicazione di informazioni scientifiche, tecniche o di altro genere).

Il social network pone l'utente come parametro del "suo mondo" rispetto al "resto del mondo", o meglio trasforma la sua cerchia di relazioni come se fosse un mondo a parte. A questo proposito è nota l'opinione di Umberto Eco sugli imbecilli che intrattenevano solo gli avventori dei bar, mentre ora hanno la medesima chance di essere ascoltati come dei Premi Nobel. Siffatta deresponsabilizzazione delle opinioni coinvolge sia chi le divulga sia chi ne usufruisce. A questo proposito, è stato osservato in dottrina una convinzione diffusa sulla presunta assenza di leader nei movimenti d'opinione online, legata alla ricostruzione dominante riconducibile a una narrativa "tecno-libertaria". Tuttavia, tale orizzontalità diffusa è eticamente e politicamente pericolosa, perché consente che i leader di fatto di tali movimenti ne rimangano irresponsabili (Gerbaudo, 2016, 3). Da un lato, la estesa diffusione della Rete e l'amplessimo numero di utenti dei social network, ha provocato l'esplosione di tali effetti distortivi, specie per quel che concerne l'autoreferenzialità, l'assenza di controllo e disamina critica; dall'altro lato si verifica il fenomeno della chiusura degli individui in gruppi in opinioni polarizzate e concentrate su specifiche narrazioni, le quali ignorino altre possibili voci dissonanti, provoca principalmente due effetti: da un lato le opinioni simili, seppur false, circolano più velocemente, addirittura in poche ore; dall'altro diventa pressoché inutile ed impossibile contrastarle. Ciò è dovuto alla polarizzazione dei gruppi, che trovano conferma non nel confronto, ma esclusivamente in loro stessi, "poiché quando le persone scoprono che altri concordano con loro, esse diventano maggiormente confidenti e quindi più estreme", producendo un circolo vizioso apparentemente senza fine.

Sotto un profilo elettorale, e quindi politico, siffatto fenomeno si manifesta in particolare per i cosiddetti "partiti liquidi", come il Pirate party islandese, il Podemos spagnolo e, per quel che ci riguarda da più vicino, il Movimento 5 Stelle. Per quanto riguarda il Movimento 5 Stelle, soggetto politico che esprime numerosi eletti a tutti i livelli istituzionali, tale chiusura si esprime non solo online, considerato il legame che questo partito politico mantiene con Internet, assumendo addirittura che la Rete integri parte della sua integri-

tà politica, ma è stata traslata anche offline, con l'espulsione di alcuni suoi membri. Siffatta espulsione è stata impugnata e non ha superato il vaglio giudiziario. Nello specifico, si trattava della costituzione di un gruppo segreto su Facebook sulla discussione organizzativa e politica al di fuori degli unici canali accettati dal M5S. La questione giuridica concerneva se l'organizzazione di detto gruppo Facebook costituisse violazione delle regole dell'organizzazione medesima e quale debba essere la sanzione irrogabile per siffatta violazione. Con provvedimento emanato a seguito di reclamo cautelare, il collegio del Tribunale di Napoli ha affermato che il diritto di associazione costituzionalmente protetto va inteso nel senso della tutela del diritto politico e dell'interesse morale dell'associato a non essere escluso dalla associazione politica di cui egli faccia parte senza grave motivo, anche in una "posizione antagonista rispetto alla linea del gruppo dirigente" (Trib. Napoli, 14 luglio 2016. Nello stesso senso, Tribunale di Genova 10 aprile 2017, Tribunale di Palermo, 12 e 19 settembre 2017 e Tribunale di Genova 12 gennaio 2018), manifestata tanto online quanto offline. Nonostante la copiosa giurisprudenza in materia di associazioni sindacali e di partiti politici, la questione affrontata è abbastanza innovativa, considerate le asserite caratteristiche di liquidità politica e democrazia diretta del M5S, espressa attraverso la Rete. Sotto questo profilo, la questione che i giudici del merito dovranno risolvere concerne uno dei punti sui quali il M5S è stato più volte criticato da tempo, cioè la sua capacità (o meno) di accettare elementi interni di dissenso.

4. Facebook tra propaganda politica e censura

"Facebook, faux ami de la démocratie?" Così intitolava un articolo di Le Monde del 1 novembre 2016, ponendo in evidenza come il social network non si ponga in modo "agnostico" perché tende a raccogliere informazioni e servizi secondo i gusti e gli orientamenti dello specifico utente e quindi provocando un circolo individuale vizioso e attrattivo. Questa tendenza è facilitata dalla propensione a cercare chi la pensa in modo simile alle proprie idee. Contarsi, riconoscersi, focalizzarsi su un obiettivo (spesso negativo) da stigmatizzare, specie quelli che non sono simili a noi: ecco come sembra evolversi l'utilizzo dei social network. Questo tipo di approccio è stato dimostrato da alcuni studi secondo cui sul social network il comportamento online degli utenti è allergico al confronto tra idee divergenti, anzi tende a alla creazione di gruppi chiusi e polarizzati (An, Quercia, Crowcroft, 2014; Guerra, Meira Jr, Cardie, Kleinberg, 2013: 2; Newman, 2014: 5-7). Tuttavia è emersa una opinione dissenziente, politicamente orientata che ha accusato il suddetto giornale di non po-

ter dolersi del comportamento del social network, visto che a sua volta non ha mai propriamente riferito le posizioni politiche del suo partito (Asselineau, 2016). A contrastare siffatta isolata e un po' naive opinione politica emerge la massiva realtà dei fatti, secondo cui addirittura il 64 % degli utenti americani legge notizie da una sola fonte online e per il 44% la fonte di informazione primaria è Facebook e non i grandi giornali d'opinione (Gottfried, Shearer, 2016: 3-4).

I giornali e i social network hanno strutture, ruoli e responsabilità diverse nella divulgazione di dibattiti, notizie, informazioni politiche di altra natura. Il giornale e i suoi giornalisti sono sottoposti a precise regole di responsabilità deontologica, civile e penale, mentre tali regole, specie quelle deontologiche e penali, non sono propriamente estensibili né al social network, né, soprattutto, ai suoi utenti.

Di contro, Facebook assume delle policies sulla diffusione di contenuti non sempre considerabili razionali e condivisibili, specie per quel che riguarda specifici argomenti quali la cancellazione di foto di nudo, reputate di dubbio gusto seppure di valore artistico, ovvero la tolleranza nei confronti dei discorsi di divulgazione d'odio. Ci si può chiedere se tale politica sia strettamente connessa con la mentalità culturale americana (Malkenes Hovland, Seetharaman, 2016), tuttavia non ci si può esimere dal proporre qualche riflessione sul punto, perché è rilevante rispetto alla neutralità del mezzo comunicativo rispetto allo svolgimento del dibattito attraverso di esso.

Nel primo caso si è più volte verificata la censura di foto iconiche come la "Napalm girl" della guerra del Vietnam o di quadri notissimi, come il Cupido di Caravaggio o L'Origine du Monde di Courbet. Relativamente a quest'ultimo caso la vicenda ha inizio quando un professore di storia dell'arte posta sul gruppo della sua classe il suddetto dipinto, il quale è stato successivamente oscurato da Facebook in ottemperanza delle condizioni contrattuali sulla cancellazione di immagini pornografiche. Ci si potrebbe, retoricamente, chiedere se i diritti di libertà di espressione, anche artistica, manifestazione del pensiero, ricerca e di insegnamento possano essere limitati da una disposizione contrattuale. A questo proposito, il docente ha protestato evidenziando lo scopo didattico della sua pubblicazione scrivendo al social network e chiedendo la riattivazione del suo account. Insoddisfatto, si è rivolto alla giustizia francese che ha accolto le sue rimostranze non ancora nel merito, ma solo sulla giurisdizione, attribuita alla giustizia francese per (Cour d'appel de Paris, Pôle 2 - Chambre 2, arrêt du 12 février 2016).

Se Facebook si è rivelato essere molto zelante nella censura di opere artistiche che contengano una qualche forma di nudo, è quasi inerte rispetto alle richieste di cancellazione dei discorsi d'odio. Si ricorda a questo proposito

una vertenza che ha visto l'intervento della magistratura, sempre francese, al fine di interdire la diffusione di tweet antisemiti. La causa è stata instaurata dall'Union des étudiants juifs de France (UEJF) alla quale si sono aggiunti altre associazioni di lotta al razzismo e all'antisemitismo. La doglianza dei ricorrenti riguardava l'utilizzo di alcuni hastag altamente offensivi e criminali. I ricorrenti non solo chiedevano la rimozione del materiale offensivo, ma la rivelazione dell'identità degli autori di tali tweet nonché la predisposizione di uno strumento di segnalazione della pubblicazione di commenti costituenti reato. Nonostante le resistenze di Twitter, soprattutto in punto in difetto di giurisdizione del giudice francese rigettate dal TGI parigino, il social network veniva obbligato a rivelare i dati degli account degli autori dei messaggi di incitamento all'odio antisemita e omofobo nonché intimato a predisporre uno strumento che segnali la pubblicazione di testi illeciti (Tribunal de grande instance de Paris Ordonnance de référé 24 janvier 2013). Tuttavia, vi è chi segnala il rischio che la censura di discorsi d'odio, soprattutto quando portati avanti da partiti o esponenti politici, rischia di trasformare questi in "martiri per la libertà di pensiero" (Van Spanje, De Vreese, 2015: 118) ottenendo, al contrario, un effetto elettorale controproducente.

5. I referendum e la contrapposizione delle realtà

Come è stato osservato, le campagne referendarie sono diverse dalle elezioni politiche o amministrative perché contrappongono una risposta positiva ad una negativa senza consentire una terza scelta. Il recente svolgimento di alcuni referendum ha rappresentato uno degli esempi più evidenti della necessità che il corpo elettorale sia realmente informato in merito alle materie sulle quali è chiamato a decidere, sia nel caso in cui il suo contributo è determinante per l'approvazione o il rigetto di una proposta politica o legislativa, sia quando tale contributo è meramente "consultivo" (Brown, Jr., 2016). Si portano ad esempio alcuni recenti casi di consultazioni referendarie aventi un impatto diretto sulle scelte di politica legislativa inerenti principalmente le isole britanniche: Irlanda e Regno Unito perché i risultati referendari occorsi su temi polarizzati come matrimoni tra persone dello stesso sesso e adesione al Trattato di Lisbona (Irlanda) e uscita dall'Unione Europea "Brexit" (Regno Unito di Gran Bretagna) in circostanze diverse hanno dato risultati ugualmente inattesi, ma opposti.

5.1. *Il caso irlandese: i referendum sui same-sex marriage, sull'aborto e sul Trattato di Lisbona*

L'Irlanda ha una costituzione scritta la quale prevede un complesso iter di revisione costituzionale, secondo il quale la proposta di modifica di una norma costituzionale debba essere approvata da entrambe le camere e poi sottoposta alla conferma referendaria popolare (Barrett, 2016: 10; Amram, 2015). Tale meccanismo ha reso usuali i referendum costituzionali per il corpo elettorale irlandese (Barrett, cit.). Alla luce di ciò sono stati sottoposti al corpo elettorale irlandese *il Thirty-fourth Amendment of the Constitution (Marriage Equality) Bill 2015 n. 5*, attraverso il quale gli irlandesi si sono espressi a favore di un modello matrimoniale "gender neutral" (Amram, 2015), *il Thirty-sixth Amendment of the Constitution Bill 2018* e la ratifica dell'Irlanda al Trattato di Lisbona.

Nel primo e nel secondo caso si è verificata una circostanza sorprendente in una società profondamente cattolica come quella irlandese, su due questioni, come è stato immediatamente percepito, di natura morale-sociale, quali matrimonio tra persone dello stesso sesso e interruzione di gravidanza che avrebbero potuto dividere il corpo elettorale. Gli osservatori hanno evidenziato come le strategie elettorali dei fautori del "Sì" e quelli del "No" fossero state divergenti (Elkink, Farrell, Reidy, Suiter, 2015: 5). I fautori del Sì si sono orientati verso un messaggio elettorale molto semplice e diretto ma altrettanto potente relativo al fatto che l'approvazione del referendum avrebbe reso tutte le coppie uguali. Sotto il profilo della propaganda politica, e questo è l'aspetto che risulta essere più interessante, i fautori del "Sì" hanno adottato un approccio fisico e personale con campagna elettorale sia "porta a porta", sia attraverso i social media, ma comunque organizzando eventi "off-line", quali occasioni per la discussione del quesito referendario e per la registrazione dei votanti con l'incremento di sessantamila nuovi iscritti nei registri elettorali "*amounting to a very significant swelling of the register*" (Elkink, Farrell, Reidy, Suiter 2016: cit.). Al contrario i fautori del "No" si sono concentrati su mezzi di propaganda politica tradizionale come messaggi televisivi e manifesti legati a messaggi sulla famiglia eterosessuale tradizionale (Elkink, Farrell, Reidy, Suiter, 2015: cit.).

Sull'uso dei social network, è stato osservato che Facebook e Twitter sono stati utilizzati soprattutto in modo istituzionale e informativo per ricordare agli elettori di recarsi alle urne, nonché per spiegare le modalità di voto. Sotto questo profilo, l'inquadramento delle "ground campaign" è relativamente raro nelle votazioni referendarie, ma il caso del referendum sul matrimonio tra persone dello stesso sesso ha rappresentato una eccezione relativa ad una peculiarità specifica (Elkink, Farrell, Reidy, Suiter, 2015).

Per quel che concerne il referendum avente ad oggetto la permanenza dell'*Eighth Amendment* sull'aborto nella Costituzione irlandese l'impiego della comunicazione politica via social network è stata ancora più intensa che nel 2015 (Michie, Balaam, McCarthy, Osadchiy, Morrissey: 2018, 2).

In merito ai referendum in materia europea, ci si riferisce al già citato doppio turno elettorale sul Trattato di Lisbona: bocciato il 12 giugno 2008 e successivamente approvato dopo 18 mesi, il 2 ottobre 2009 (Tierney, 2012: 9; Tosi, 2014: 1591; Sudulich, Baccini, Wall, 2016: 427). Sul punto è stato osservato che per quanto l'opinione pubblica irlandese rimanesse largamente favorevole alle tematiche europee, l'influenza della diffusione di notizie via Internet poteva indurre un comportamento elettorale referendario incoerente e instabile, influenzato dalle valutazioni sull'operato del governo (Sudulich, Baccini, Wall cit.). A differenza del summenzionato referendum sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, viene fatto notare che l'opinione pubblica è in via generale meno informata e stabile sulle questioni dell'Unione Europea rispetto alle opinioni che concernono argomenti più familiari o inerenti la vita pubblica (Sudulich, Baccini, Wall, cit.). In altri termini: se gli individui non hanno preferenze profondamente radicate su un argomento – e sul punto né le opinioni sul Trattato di Lisbona, né sul governo ricoprono siffatte caratteristiche – esse sono facilmente influenzabili e aperte alla persuasione da parte di informazioni superficiali come quelle intercettate online (Sudulich, Baccini, Wall, cit.).

5.2. Il referendum sul "Brexit"

Il Regno Unito (con l'eccezione della Scozia) rappresenta il sistema giuridico di common law per antonomasia basato sul precedente giurisprudenziale e su una tradizione costituzionale secolare non scritta. In questo caso si sottopone ad attenzione il referendum Brexit, ormai a tutti noto, quando il 23 giugno 2016, il corpo elettorale britannico era stato chiamato a esprimersi attraverso un referendum consultivo sulla permanenza del Regno Unito tra gli Stati Membri dell'Unione Europea. I "leave" hanno prevalso con una percentuale del 51,9% imponendosi sul 48,1% del "remain".

In Gran Bretagna la campagna elettorale referendaria è stata particolarmente aggressiva e non adeguatamente focalizzata sull'oggetto referendario, in particolare per quel che concerne i supporter del "Leave", è dimostrato da due circostanze: una tragica, come l'omicidio della parlamentare Jo Cox nel suo collegio elettorale; l'altra politica, proprio il giorno successivo all'espletamento del referendum, quando, svanite le nebbie della protesta, più di quattro milioni di elettori hanno firmato una petizione online per poter ri-

fare il voto (UK Government and Parliament Petition 2016; Brown, Jr., 2016).

Durante lo svolgimento di tale campagna elettorale si è verificato: da un lato che la smentita di false notizie inerenti il tema referendario era completamente inefficace e dall'altro lato che la discussione politica sui "social" era degenerata nella formazione di due comunità polarizzate impermeabili al confronto conosciute come "eco chambers", le quali promuovevano informazioni e argomentazioni tra loro contrastanti (Del Vicario, Zollo, Caldarelli, Scala, Quattrocioni, 2016: 6) rendendo impossibile e quindi inutile il dibattito politico online. I toni sono rimasti esacerbati anche dopo la pubblicazione della sentenza della High Court del 3 novembre 2016 "*Gina Miller and Dier Tozetti Dos Santos v. Secretary of State for Exiting the European Union*" (confermata dalla decisione della *Supreme Court of United Kingdom* del 24 gennaio 2017) con ripetute minacce di morte nei confronti dei promotori della causa e accuse ai giudici di aver tradito il volere del popolo sovrano.

In realtà, la High Court, conformemente alla tradizione costituzionale inglese, ha stabilito che la notifica dell'attivazione dell'art. 50 del Trattato di Lisbona necessita di un previo dibattito parlamentare, la cui omissione, seppur nell'apparente rispetto della democrazia diretta referendaria, sembra rappresentare invece un grave vulnus alla sovranità parlamentare, stabilita dalla secolare prassi costituzionale inglese.

6. Conclusioni

Seppure il coinvolgimento del corpo elettorale attraverso il vaglio di quesiti referendari, anche di natura costituzionale, sembri avere "il potenziale di rinvigorire la stessa democrazia" (Tierney, 2016: 2196), va sottolineato che siffatto rinvigorimento non può avvenire senza un appropriato coinvolgimento informativo degli elettori, che devono essere messi in grado di conoscere specificamente e in concreto le proposte a favore o contro l'oggetto del quesito referendario.

Nelle esperienze esposte, soltanto nel caso del referendum irlandese sul matrimonio egualitario del 2015 vi è stata una efficace e capillare informazione sulle tematiche referendarie, mentre negli altri casi presentati, aventi ad oggetto un tema percepito come distante e "tecnocratico", le informazioni appropriate e corrette sono state travolte da un contagio virale di notizie false o travisate.

Il punto apparentemente senza soluzione riguarda la circostanza che sia impossibile ritrattare, ritirare o correggere le informazioni false una volta dif-

fuse online, soprattutto se queste aderiscono a ciò che gli elettori vogliono sentirsi dire. Tuttavia, chi scrive condivide la proposta di chi sottolinea come anche in Rete ci sia informazione sia scientifica sia divulgativa di alto livello e come sia diventato essenziale per il miglioramento della qualità del dibattito pubblico “fare sistema”, cioè occupare “con la forza della nostra cultura liberale, democratica e popolare” (Caravita, 2018, 13:3), gli spazi pubblici di aggregazione e condivisione online.

7. Riferimenti bibliografici

AMRAM, DENISE, (2015). “Il sì dell’Irlanda al matrimonio”. <http://www.articolo29.it/2015/si-dellirlanda-matrimonio/#more-10380>.

AN, JISUN, CROWCROFT, JON, QUERCIA, DANIELE, (2014). “Partisan sharing: Facebook evidence and societal consequences”. COSN ‘14 Proceedings of the second ACM conference on Online social network, ISBN: 978-1-4503-3198-2 doi>10.1145/2660460.2660469, p. 13-24.

ASSELINÉAU, FRANÇOIS, (2016). “Le Monde, qui n’a jamais dit un mot de l’UPR en 9 ans, reproche à Facebook de « fausser le débat public » et d’être un « faux ami de la démocratie »”. Consultato su <https://www.upr.fr/actualite/france/3-novembre-2016-monde-na-jamais-dit-de-lupr-9-ans-reproche-a-facebook-de-fausser-debat-public>.

BACCINI, LEONARDO, SUDULICH, MARIA LAURA, WALL, MATTHEW, (2016). “Internet Effects in Times of Political Crisis: Online Newsgathering and Attitudes Towards the European Union”. *Public Opinion Quarterly*, 80 (2). pp. 411-436.

BARRETT, GAVIN, (2016). “Ireland and its Referendums: Why We Have Them, What We Do With Them, How We Conduct Them”. *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper No.01/2016*, p. 2-31.

BESSI, ALESSANDRO, COLETTI, MAURO, DAVIDESCU, GEORGE ALEXANDRU, SCALA, ANTONIO, CALDARELLI, GUIDO, QUATTROCIOCCHI, WALTER (2015). “Science vs Conspiracy: Collective Narratives in the Age of Misinformation”. *PLoS ONE* 10(2): e0118093. doi:10.1371/journal.pone.0118093, p.1-17.

Caravita Beniamino, (2018), *Il consenso ai tempi dei social, Federalismi*, p. 1-3.

BESSI, ALESSANDRO, ZOLLO, FABIANA, DEL VICARIO, MICHELA, SCALA, ANTONIO, CALDARELLI, GUIDO, QUATTROCIOCCHI, WALTER (2015). “Trend of Narratives in the Age of Misinformation”. *PLoS ONE* 10(8): e0134641. doi:10.1371/journal.pone.0134641, p. 1-16.

BROWN, GORDON E Jr, (2016), “Nuclear Waste Disposal, Climate Change, and Brexit: The Importance of an Educated Public”. *Elements, August* (12) (4), p. 227-228.

DE TOCQUEVILLE ALEXIS, (1835). “Democracy in America: Historical-Critical Edition”, 4 vols. http://xroads.virginia.edu/~hyper/DETOC/1_ch15.htm

DEL VICARIO, MICHELA, ZOLLO, FABIANA, CALDARELLI, GUIDO, SCALA, ANTONIO, QUATTROCIOCCHI, WALTER (2016). "The Anatomy of Brexit Debate on Facebook". <https://arxiv.org/abs/1610.06809>.

ELKINK, JOHAN A, FARRELL, DAVID M, REIDY, THERESA, SUITER, JANE (2015). "Understanding the 2015 Marriage Referendum in Ireland: Constitutional Convention, Campaign, and Conservative Ireland". *Irish Political Studies* (32), p. 361-381,

EU Referendum Rules triggering a 2nd EU Referendum (2016). <https://petition.parliament.uk/petitions/131215>

GERBAUDO, PAOLO, (2016). "Social media teams as digital vanguards: the question of leadership in the management of key Facebook and Twitter accounts of Occupy Wall Street, Indignados and UK Uncut". *Information, Communication & Society*, (20), p. 185-202.

GOTTFRIED, JEFFREY, SHEARER, ELISA, (2016). "News Use Across Social Media Platform". *Pew Research Center*, www.pewresearch.org.

GUERRA, PEDRO HC, MEIRA, WAGNER, CARDIE CLAIRE, KLEINBERG, ROBERT (2013). "A Measure of Polarization on Social Media Networks Based on Community Boundaries". *ICWSM*, - aaai.org.

MALKENES HOVLAND, KJIETIL, SEETHARAMAN, DEEPA, (2016). "Facebook Backs Down on Censoring 'Napalm Girl' Photo. After public outcry, Facebook plans to review its process", *The Wall Street Journal*, 9.9.2016, <http://www.wsj.com/articles/norway-accuses-facebook-of-censorship-over-deleted-photo-of-napalm-girl-1473428032>.

MICHIE LYDIA, BALAAM, MADELINE, MCCARTHY JOHN, OSADCHIY TIMUR, MORRISSEY KELLIE, (2018), "From Her Story, to Our Story: Digital Storytelling as Public Engagement around Abortion Rights Advocacy in Ireland", CHI '18 Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, Paper No. 357, <https://dl.acm.org/citation.cfm?doid=3173574.3173931>

NEWMAN, BOBBI LEE, (2014). "Polarized and liking it: How political polarization affects active avoidance behavior on Facebook", <http://lib.dr.iastate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4693&context=etd>

TIERNEY, STEPHEN, (2009). "Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry". *Modern Law Review*, (72), p. 360-383.

TIERNEY, STEPHEN, (2012). "Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation". Oxford: University Press.

TIERNEY, STEPHEN, (2013). "Whose Political Constitution? Citizens and Referendums", *14 German Law Journal* (12), p. 2186-2196.

TOSI, DARIO ELIA, (2014). "Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, p. 1591-1609.

VAN SPANJE JOOST, DE VREESE CLAES (2015). *The good, the bad and the voter. The impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party*, *Party Politics January*, (21) p. 115-130.

GLI OPEN DATA COME PRESUPPOSTO DELLA PARTECIPAZIONE POLITICA

Maria Francesca De Tullio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Tecnica e democrazia: le questioni politiche poste dagli *open government data*. – 3. Gli imperativi costituzionali per gli *open government data*. – 3.1. L'apertura come regola. – 3.2. La trasparenza nel bilanciamento con altri valori costituzionali. – 3.3. Il soggetto della regolazione. – 4. Apertura dei dati e partecipazione politica: un'equazione da disegnare. – 5. Conclusioni. Riferimenti bibliografici.

1. Introduzione

Il lavoro ha per oggetto il ruolo che le tecnologie della trasparenza possono giocare in favore della sovranità popolare, tanto nelle dinamiche elettorali quanto negli istituti di democrazia partecipativa. In particolare, il tema è esaminato con riferimento agli *open government data*.

Il nesso tra trasparenza e sovranità popolare è particolarmente evidente oggi, in quanto cresce la domanda di coinvolgimento diretto nei processi decisionali.

Da un primo punto di vista, la trasparenza asseconda i cambiamenti della democrazia rappresentativa. Infatti, quest'ultima è sempre più segnata dalla sfiducia del popolo nei confronti dei candidati e degli eletti (MARSOCCHI, 2015). Tale circostanza, a sua volta, alimenta il bisogno di vigilanza degli elettori (ROSANVALLON, 2006) e di conseguenza rafforza la pretesa che i palazzi del potere si rendano visibili. In questo senso, non deve trarre in inganno il dato sul crescente astensionismo elettorale, giacché esso è indicativo, più che di una flessione della partecipazione, di una sua trasformazione (DEMOS&PI, 2017). Sta nascendo, infatti, un nuovo attivismo, basato sempre più sull'impegno sociale e post-politico, nonché su forme individuali di azione, come il mutamento delle proprie abitudini di vita (*life-politics*), la firma di petizioni o la messa in atto di modalità creative di protesta.

Del resto, l'informazione diviene sempre più centrale nella nostra democrazia con la progressiva diffusione del 'voto di opinione', che arriva quasi a soppiantare quello 'di appartenenza' (CECCARINI, 2015). Questa tendenza de-

* Università degli Studi di Napoli Federico II.

riva dalla crisi delle grandi ideologie, la quale fa sì che il voto sia attribuito sempre meno per una stabile adesione all'indirizzo complessivo di un partito, e sempre più in base alla condivisione, di volta in volta, del programma o delle candidature (BIORCIO, 2003). Di conseguenza, l'opzione elettorale dipende in gran parte dalla possibilità per il votante di elaborare una propria posizione su ciascun tema, e quindi di ricevere un numero sufficiente di dati sull'argomento (NANNIPIERI, 2015).

Da un secondo punto di vista, la trasparenza favorisce quegli strumenti di esercizio della sovranità popolare che sempre più si affiancano alla rappresentanza (POLICY DEPARTMENT, 2016). Il riferimento è alle forme di democrazia diretta e partecipativa, con cui i consociati sono coinvolti direttamente nell'*iter* decisionale pubblico. Si tratta di istituti che intendono porsi come integrazione della democrazia rappresentativa, realizzando tramite il coinvolgimento diretto dei regolati quella relazione di consonanza tra elettori ed eletti che oggi il rapporto rappresentativo non riesce più ad assicurare (ATRIPALDI, 1988; BERTI, 1974; FERRARA, 2006; LUCIANI, 2005). In questo contesto, la visibilità dell'azione, dell'organizzazione e dei dati pubblici è necessaria se si vuole che i cittadini intervengano in modo consapevole nei processi deliberativi.

Tuttavia, la trasparenza può nutrire anche logiche 'partecipative' del tutto diverse, in un orizzonte che è stato definito «post-democratico» (CROUCH, 2004): il 'rito' elettorale è formalmente mantenuto, ma svuotato della sua sostanza di sovranità popolare. Lo Stato infatti si fa strumento della «garanzia ("artificiale", per nulla "naturale") del pieno dispiegamento, senza interferenze "politiche" [...], dell'ordine "spontaneo" del mercato come unica possibile forma di vita autenticamente "libera"» (PRETEROSSO, 2015). Questo significa che le decisioni pubbliche non sono prese in modo esclusivo nelle sedi rappresentative (CHEVALLIER, 2014), ma concertate in modo anche formalmente paritario con gli interessi economici organizzati su scala transnazionale (MICCIARELLI, 2017).

Adirittura, è stato osservato che l'autorità pubblica, rappresentante della collettività, si pone talvolta come 'parte debole' del negoziato. Infatti, non sono gli Stati a dettare le 'regole' del gioco competitivo, ma, viceversa, i mercati a dettare le condizioni del *lawmaking* (LEROY, 2016). I soggetti sovrani, infatti, necessitano di attrarre investimenti e accedere a nuovi mercati, sicché sono in concorrenza tra loro nel tentativo creare le condizioni regolative più favorevoli alla libertà imprenditoriale.

In questo contesto la trasparenza può diventare un punto di ulteriore erosione di una sovranità statale già debole. Facilmente, infatti, i soggetti forti 'catturano' il regolatore, perché il meccanismo partecipativo, se si limita a

mettere soggetti diseguali in condizioni di formale parità, riproduce in sede normativa le sperequazioni presenti nella società. È chiaro, infatti, che gli attori dotati di maggiori risorse economiche e organizzative dispongono di strumenti più efficaci per sostenere la propria tesi e far pesare la propria posizione.

In tali ipotesi i privati, attraverso l'accesso diretto all'*iter* regolativo, riescono a orientare in modo determinante le decisioni dello Stato, mettendo in discussione l'autonomia e l'indipendenza del soggetto sovrano. Talvolta questo processo di erosione si accompagna a una visione tecnocratica, che sfida lo Stato a dimostrare la fondatezza scientifica delle premesse fattuali degli interventi normativi. Cioè, tale approccio afferma l'esistenza di un vero e proprio onere della prova a carico degli organi rappresentativi. Un esempio già studiato riguarda la lunga battaglia avvenuta negli Stati Uniti per imporre una normativa a tutela della salute di fronte al fenomeno del tabagismo: a lungo le multinazionali del tabacco hanno cercato di delegittimare questa forma di regolazione, producendo ad arte studi scientifici o pseudo-scientifici che miravano a contestare l'assunto di fondo della dannosità del fumo per l'organismo umano (BABA, COOK, MCGARITY, BERO, 2005; MICHAELS, MONFORTON, 2005). Non è un caso che le compagnie in questione si siano impegnate a fondo per favorire la trasparenza.

Allo stesso modo, la pubblicazione dei dati sulla spesa prelude spesso alla privatizzazione dei servizi pubblici, giacché mette in competizione il pubblico e il privato sul piano dell'efficienza. Questo, in un contesto culturale dominato dalla fiducia nella 'mano invisibile' del mercato, rischia di far passare in secondo piano la garanzia dell'universalità del servizio, e quindi di realizzazione dei diritti sociali (BATES, 2014).

La valutazione svolta, sul rapporto tra trasparenza ed erosione della sovranità, deve essere letta anche a partire dal dato per cui i privati non hanno nessun obbligo di rendersi 'visibili' alla collettività (SALERNO, 2006). Questo li rende, a maggior ragione, 'parte forte' rispetto al potere rappresentativo.

Tali valutazioni, che potrebbero apparire avulse dall'ambito del diritto, assumono invece un significato giuridico in virtù del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.). Quest'ultimo, infatti, impone al legislatore di calarsi nella realtà più materiale della società, perché suo compito è annullare in concreto e positivamente le differenze tra i punti di partenza. In questo caso, la funzione della trasparenza, secondo l'impianto costituzionale, dovrebbe essere quella di rimuovere, anziché rafforzare, i privilegi che 'di fatto' impediscono l'uguale partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica e sociale del Paese.

Di conseguenza, le riflessioni che sono proposte in questo scritto non mi-

rano a suggerire una rinuncia alla pretesa di visibilità dello Stato. Quest'ultima, al contrario, è da ritenere una politica costituzionalmente imposta, a maggior ragione in un contesto come quello attuale, dove è suscettibile di amplificare i nuovi mezzi di esercizio della sovranità popolare. Piuttosto, la trasparenza dovrebbe essere inquadrata normativamente, in modo tale da compensare con un intervento pubblico positivo i rischi segnalati, impattanti sul principio rappresentativo e sull'uguaglianza formale e sostanziale.

Lo stesso discorso si riverbera sui mezzi tecnici con cui lo Stato si apre ai cittadini, e in modo particolare sull'innovazione prodotta dagli *open government data*, che promette l'apertura di nuove frontiere per l'*accountability* e la partecipazione dei regolati, in quanto realizza la pubblicazione dei dati in possesso dell'autorità in un formato leggibile alle macchine e senza licenze restrittive, affinché tali informazioni possano essere usate, modificate e condivise da tutti per qualsiasi scopo (<http://opendefinition.org/>), anche in assenza di un 'interesse qualificato' (Fiorillo 2014).

In base a queste premesse, lo studio si interroga sulle evoluzioni descritte, domandandosi in primo luogo se l'*open* sia un 'bene in sé', per la trasparenza e la democrazia, o se debba essere indirizzato e regolato a tal fine. Nel secondo caso, l'interrogativo è come si possa realizzare una strategia di apertura dei dati funzionale a una partecipazione politica compatibile con i valori costituzionali, e innanzitutto con il principio di uguaglianza sostanziale.

2. *Tecnica e democrazia: le questioni politiche poste dagli open government data*

Il riferimento agli *open data*, come si è evidenziato nella definizione fornita, di per sé richiama un paradigma che assicura a chiunque il più libero accesso, utilizzo e trasferimento dei dati. Il fenomeno degli *open government data*, di conseguenza, designa la piena messa a disposizione dei cittadini da parte dell'Amministrazione di informazioni che essa stessa ha raccolto nell'esercizio delle proprie funzioni di interesse pubblico, esattamente nello stato 'grezzo' in cui le ha raccolte.

La nozione in questione, di conseguenza, si articola in alcuni requisiti tecnici che si traducono in altrettanti obblighi per l'Amministrazione. Queste specifiche sono meglio chiarite nei *Sebastopol Principles*, elaborati a partire dal 2007 (<https://opengovdata.org/>), che si propongono di declinare gli accorgimenti necessari affinché l'apertura permetta concretamente il pieno riutilizzo dei dati: questi ultimi devono essere corretti e completi, pubblicati in modo non aggregato, aggiornati in modo tempestivo, visualizzabili anche senza regi-

strazione o altre barriere, leggibili per le macchine, accessibili senza discriminazioni – e quindi anche su richiesta anonima – e non protetti da licenze che escludano il diritto di terzi a trattare le informazioni. In altri termini, se si vuole valutare il paradigma *open* in termini di uguaglianza che assicura nel processo di conoscenza, si può concludere che esso garantisca un' 'uguaglianza formale' di tutti nell'accesso all'informazione.

Ci si può chiedere, però, se gli *open data*, in grado per definizione di assicurare la più ampia pubblicità dell'attività autoritativa, siano di per sé uno strumento che migliora la partecipazione democratica nel senso indicato nel paragrafo precedente, cioè facendosi carico anche dell'uguaglianza 'sostanziale'.

La correlazione tra trasparenza e partecipazione dipende in realtà da un fattore di politica del diritto, e cioè dal modo in cui la pubblica Amministrazione disciplina il processo di apertura e ne stabilisce le priorità. Non è un caso che il movimento per gli *open government data* si presenti come eterogeneo: la partecipazione politica è solo uno dei fini per cui si richiede l'apertura delle informazioni, ma si richiamano anche la legalità e la lotta alla corruzione, la verifica dell'efficienza nell'erogazione di denaro pubblico, l'innovazione tecnologica, la ricerca scientifica, lo sviluppo economico... (BOMBARDELLI, 2013). Lo stesso fine di partecipazione politica in realtà può essere realizzato con diverse forme: la partecipazione tradizionale ai meccanismi rappresentativi, quella collaborativa e deliberativa con l'intervento diretto nei processi decisionali o la sopra menzionata *life-politics*. Questi scopi non sono sempre incompatibili, e sono anzi spesso collegati tra loro (DE MINICO, 2017); tuttavia nella concreta applicazione della tecnologia *open* è verosimile che il potere non riesca a realizzare sin dall'inizio tutti i suoi obiettivi di trasparenza, ma debba procedere a un'attuazione graduale di tali innovazioni, stabilendo delle priorità.

Alcuni studi hanno rilevato che nei Paesi dove sono state avviate politiche di apertura dei dati non è privilegiato sempre lo stesso fine (BOURCIER, DE FILIPPI, 2013). Questo ha mostrato le implicazioni politiche della scelta delle priorità in materia di *open government data*: la qualità dei dati aperti e le modalità di pubblicazione hanno fatto sì che la medesima tecnologia realizzasse fini costituzionali molto diversi. Sicché, mentre talvolta l'apertura dei dati è stata funzionalizzata all'avvio di consultazioni pubbliche, anche a livello locale, in altre ipotesi si sono avuti sviluppi differenti. È stato analizzato, a tal proposito, il caso del Bangalore, in India (SOLOMON, BHUVANESWARI, RAJAN, MANJUNATHA, 2007), dove l'apertura dei dati è stata all'origine di politiche neoliberiste che hanno aumentato, e non diminuito, tanto le disuguaglianze presenti nella società quanto la distanza tra potere amministrativo e cittadini.

In quell'occasione si è introdotto un progetto tendente al riordino dei dati sulla proprietà dei fondi, prima dispersi in numerosi archivi cartacei e localizzati negli uffici degli enti locali. Questa azione, astrattamente favorevole al buon andamento e all'apertura dell'Amministrazione, ha avuto in realtà effetti asimmetrici, a causa delle forti disparità economiche già presenti in quel territorio. Essa non ha favorito i piccoli proprietari, ma solo i latifondisti: lo spostamento delle competenze a un livello superiore di governo ha impedito ai contadini di interloquire con il potere pubblico senza perdere una giornata di lavoro, e la disponibilità di informazioni approfondite sul territorio rurale è stata sfruttata soprattutto dai grandi proprietari, i quali hanno potuto individuare le terre in fase di deprezzamento, che quindi erano più facili da acquisire. In questo caso, l'esito dell'apertura è stato limitativo della rappresentatività e dell'uguaglianza, perché il progetto è stato avviato – nella migliore delle ipotesi – con una fiducia cieca nella portata delle tecnologie innovative, senza prestare attenzione agli effetti sociali.

Inoltre, è stato evidenziato che, secondo meccanismi analoghi a quelli verificati nel caso del *land grabbing* in Bangalore, le politiche di *open data* sono state in alcuni casi un «cavallo di Troia» della privatizzazione dei servizi pubblici: le aziende hanno potuto individuare i settori più deboli dal punto di vista dell'efficienza e proporsi con successo come fornitori alternativi (LONGO, 2011).

Questo collegamento tra *open data* e politiche neoliberistiche tradisce, secondo qualcuno, una scelta delle priorità in materia di apertura dei dati che, non adeguatamente guidata dalla legge, è stata condotta in base alle esigenze degli attori economici forti, piuttosto che dei comuni cittadini. Si è richiamato, in particolare, che l'apertura dei dati sul clima nello U.K. è avvenuta solo sotto la pressione degli speculatori, che chiedevano la disponibilità di queste informazioni per creare e sfruttare un nuovo mercato finanziario, quello dei *weather derivatives* (BATES, 2014). Correlativamente, alcune voci della società civile hanno lamentato che la maggior parte dei dati aperti sono privi di pregnanza politica, utili soprattutto alla ricerca scientifica o al dibattito su questioni molto specifiche (GOËTA, MABI, 2014).

Si è arrivati ad affermare che in questo modo gli *open data* hanno causato addirittura un danno per la trasparenza, in quanto hanno fornito un'apparenza di apertura che ha consentito ai Governi di 'adagiarsi' sui successi ottenuti e non proseguire in modo incisivo verso una politica di apertura funzionale alla partecipazione politica (AA. VV., 2016). In tal senso, i problemi della trasparenza si saldano con quelli più generali della partecipazione diretta organizzata 'dall'alto'. Quest'ultima, in effetti, può causare un particolare fenomeno di 'cattura dell'elettore' (DE MINICO, 2014a), in cui l'individuo è chiamato a decidere senza una reale possibilità di autodeterminarsi, e quindi è in-

dotto verso la scelta o il *set* di scelte che il regolatore eteronomo ha predisposto. Ad esempio, talvolta si consulta il popolo sulle modalità di realizzazione di grandi opere, senza consultarlo, a monte, sull'opportunità di realizzare l'opera stessa (BOBBIO, 2010).

Coerentemente con questo quadro, più di un'analisi riferisce che all'interno della società civile i maggiori utilizzatori dei dati aperti sono le imprese, che li sfruttano anche a fini di lucro, come pure è ammesso dal paradigma *open*, che di per sé assicura un accesso e riutilizzo pieno, senza riguardo allo scopo perseguito (DAVIES, 2010; WORTHY, 2015). Quindi in molte ipotesi l'introduzione della tecnologia *open government data* è stata funzionale alle libertà economiche, più che ai diritti politici.

Questo divario nell'utilizzo degli *open data* ha come causa non solo la scelta dei dati da pubblicare, non tagliata sul fine della partecipazione politica, ma anche un insufficiente tasso di alfabetizzazione informatica nella popolazione, e quindi una nuova forma di *digital divide* che si traduce nella mancanza di una capacità diffusa di utilizzo civico dei dati (AVVISATI, 2010). Questo mostra che la mera applicazione del paradigma tecnologico in questione non persegue di per sé fini di uguaglianza sostanziale: nella sua apertura indiscriminata non opera differenziazioni tra soggetti avvantaggiati e svantaggiati, e quindi, se non regolata, può continuare a rafforzare chi già è forte.

Le analisi giuridiche e politologiche di cui si è riferito, a prescindere dal fatto che se ne ammetta o meno la correttezza fattuale, evidenziano dal punto di vista logico che la tecnologia degli *open data* non realizza di per sé una trasparenza funzionale alla partecipazione, ma ha implicazioni valoriali diverse a seconda del modo in cui è indirizzata dall'autorità politica.

Si può così rispondere al primo degli interrogativi posti, quello sull'idoneità della tecnica a realizzare obiettivi politico-costituzionali. Sembra evidente, infatti, che l'innovazione prodotta dagli *open data* può essere finalizzata all'uguale partecipazione di tutti alla vita politica – e in particolare a forme più dirette di controllo o intervento nelle decisioni – solo se indirizzata normativamente in tal senso (DE MINICO, 2012).

3. *Gli imperativi costituzionali per gli open government data*

Dal risultato fin qui raggiunto consegue che nell'ordinamento lo sviluppo degli *open data* ha implicazioni politiche, e quindi deve essere guidato da una strategia orientata al perseguimento dei fini costituzionali determinata da un soggetto abilitato dalla Carta fondamentale a esercitare una funzione di indirizzo politico.

Questi, però, ha una mera discrezionalità, che deve essere utilizzata secondo ragionevolezza, in conformità con il quadro costituzionale che ci si appresta a descrivere.

3.1. *L'apertura come regola*

L'assunto giuridico di fondo da cui si può partire è che la Costituzione italiana conferisce la massima importanza al principio di trasparenza, e in questo senso spinge al più ampio sviluppo degli *open government data*, che garantiscono l'accesso alle informazioni. Del resto, la politica di apertura restituisce alla comunità i dati che le appartengono perché ne possa trarre essa stessa valore, in coerenza con la premessa dell'azione amministrativa, secondo cui la raccolta di informazioni non può essere svolta dal potere pubblico a fini proprietari, ma solo per scopi di interesse generale.

Dal punto di vista del diritto positivo, la regola generale di apertura dei dati è riconducibile, in particolare, all'articolo 97 della Costituzione (PINELLI, 1994), che conferisce immediatamente al cittadino il diritto a un'informazione il più possibile piena sull'operato dell'Amministrazione (DE MINICO, 2014b). Senza questa possibilità, infatti, i principi di imparzialità e buon andamento non potrebbero essere correttamente realizzati, in quanto l'Amministrazione potrebbe sottrarsi ai propri obblighi contando sull'impunità dovuta all'impossibilità per gli amministrati di vigilare sull'adempimento. Questi ultimi, infatti, non sono posti in condizione di conoscere i fatti su cui dovrebbero esercitare il controllo (CALIFANO, COLAPIETRO, 2014).

D'altra parte, i dati che sono 'aperti' verso il pubblico sono più facilmente accessibili anche alle altre Amministrazioni, e questo moltiplica l'efficienza nell'apparato burocratico, in quanto consente il risparmio di alcuni costi di istruttoria e il costante scambio di buone pratiche. Proprio per questo, da un recente rapporto sul riutilizzo degli *open data* risulta che i maggiori utilizzatori di tali informazioni sono proprio i soggetti pubblici (AA. VV., 2017).

Del resto, i dati pubblici devono essere aperti anche *ex art.* 42 Cost., in quanto proprietà pubblica.

Invero, non mancano alcuni tentativi di chiudere i dati o rimpinguare le casse degli enti pubblici sottoponendo a un pagamento la liberazione delle informazioni (BOURCIER, DE FILIPPI, 2013). Ma tali comportamenti, che non 'aprono' il patrimonio informativo pubblico, sembrano eludere i principi costituzionali relativi alla proprietà, e in particolare alla proprietà pubblica.

Come è stato ampiamente sottolineato in dottrina, l'impianto personalistico della Costituzione impone che il diritto di proprietà sia subordinato alla sua necessaria «funzione sociale», cioè alla realizzazione dei principi racchiusi

negli artt. 2 e 3 della Costituzione (CAPONE, 2016). Di conseguenza, i beni che «esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona» (disegno di legge n. 2031 del 24 febbraio 2010), vincolano il soggetto proprietario, pubblico o privato, ad aprirli alla fruizione collettiva. In caso contrario, si verificherebbe uno scollamento insanabile tra la funzione sociale del bene, da un lato, e un regime dominicale escludente, dall'altro (LUCARELLI, 2014).

Ebbene, è indubitabile che i dati prodotti dal soggetto pubblico possano servire agli interessi più vari, tra i quali anche diritti fondamentali. Ad esempio, le statistiche sui ricoveri e sulle cure mediche, se usate per il miglioramento del sistema sanitario, possono utilmente servire il diritto alla salute. Anche per questo motivo, dunque, il principio generale dovrebbe essere quello dell'apertura dei dati, perché il patrimonio informativo di proprietà pubblica, messo 'in comune', consentirebbe alla collettività di esercitare i propri diritti fondamentali non solo senza esaurire il bene, ma addirittura aggiungendo valore ai dati iniziali mediante il riuso e l'aggregazione con altri *data sets*. Come è noto, infatti, l'informazione è un bene non rivale, che non si esaurisce con l'uso, e si potrebbe anzi definire anti-rivale, in quanto acquisisce maggiore valore quando circola ed è ibridata con altre fonti (MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, 2013).

Questo rilievo pone anche il problema delle grandi masse di dati raccolti e conservati da privati, per finalità individualistiche. L'articolo 42, infatti, destina anche la proprietà privata, al pari di quella pubblica, a finalità di utilità sociale. E i dati privati possono essere altrettanto utili di quelli pubblici. Ad esempio, siti come *Duolingo* permettono di apprendere una lingua, e utilizzano le informazioni sugli errori degli 'studenti' per migliorare le metodologie di insegnamento, verificando quali di esse diminuiscono maggiormente il numero di risposte scorrette; i medesimi *data set* potrebbero migliorare la pubblica istruzione, ponendosi a servizio degli artt. 33 e 34 della Costituzione. In tal senso, è lecito domandarsi se lo stesso regime di 'apertura', che è obbligato per i beni funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali, non sia obbligatorio anche per il trattamento dei dati che si svolge al di fuori del settore pubblico (SWARTZ, 2010).

Pendant necessario di questo discorso è il principio di sussidiarietà orizzontale, sancito nell'articolo 118, quarto comma, della Costituzione: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». Tale canone si pone dunque al tempo stesso come principio regolatore dei beni aperti alla fruizione collettiva e come promotore degli strumenti di democrazia partecipativa

‘dal basso’ (CERULLI IRELLI, DE LUCA, 2014). Questo può avvenire in quanto esso, in un sistema Costituzionale imperniato sull’uguaglianza sostanziale, può e deve essere letto secondo un’interpretazione positiva (ARENA, 2005). In altri termini, di fronte all’iniziativa assunta dai cittadini nell’interesse generale, lo Stato non ha un generico dovere di astensione e non interferenza, ma ha il compito di «favorire» queste organizzazioni: se esse hanno i mezzi di cui necessitano dovrà evitare di interferire, ma in caso contrario avrà l’obbligo di fornire risorse adeguate al perseguimento dei fini di interesse pubblico. In quest’ottica, è evidente che i dati rientrano tra i mezzi che possono essere utilizzati a fini di utilità collettiva, per la creazione di soluzioni più efficienti per la fornitura di un servizio o di iniziative che sopperiscano alle mancanze del settore pubblico (DE MINICO, 2014b; OREFICE, 2015).

Così letto, il principio chiama a un’assunzione di responsabilità da parte del soggetto pubblico, che si deve incaricare non solo di aprire i dati, ma anche di mettere i soggetti più deboli in condizioni di fruirne. In altri termini, l’Amministrazione non deve cedere alla tentazione di sfruttare il proprio patrimonio in termini soltanto economici, come è avvenuto con il processo di cartolarizzazione e svendita dei beni pubblici materiali (MASSA GALLERANO, 2013). Piuttosto, i dati, per il loro valore informativo, potrebbero essere comparati ai beni culturali, per i quali l’impegno della Repubblica non deve limitarsi all’aspetto statico della ‘tutela’ e conservazione a beneficio delle generazioni future, ma deve perseguire la ‘valorizzazione’, come apertura alla fruizione di tutti e allo stesso tempo mantenimento sotto il controllo della collettività (art. 117 Cost.).

Per queste ragioni, si deve ritenere che la Costituzione imponga direttamente, anche senza necessità di una legge attuativa, l’apertura dei dati pubblici come regola generale dell’azione di governo. Ciò significa che la segretezza e la chiusura delle informazioni sono ammissibili solo come eccezioni puntualmente giustificate da valori costituzionali di uguale rilievo.

3.2. La trasparenza nel bilanciamento con altri valori costituzionali

La trasparenza, come ogni principio generale, può essere soggetta a eccezioni nell’ambito di un bilanciamento con altri valori fondamentali dell’ordinamento, purché si tratti di deroghe idonee, necessarie e proporzionate al perseguimento di obiettivi di pari rango rispetto a quelli sacrificati (MORRONE, 2001; SCACCIA, 2000). Questo può consentire e imporre a un’Amministrazione – previo intervento del Legislatore – di non rendere accessibili i dati quando ciò lederebbe interessi costituzionalmente protetti, come la *privacy* del titolare delle informazioni o la sicurezza nazionale.

In questi casi l'autorità non necessariamente perde il potere di emanare atti basati sui dati mantenuti segreti. Tanto sembra dimostrare l'affermazione nell'ordinamento europeo del principio di precauzione, ai sensi del quale rientra nella discrezionalità del decisore politico alleggerire in capo all'Amministrazione l'onere di provare la fondatezza scientifica dei presupposti fattuali della norma (Comunicazione COM(2000) 1final). Tale principio, infatti, statuisce che non è necessaria una piena certezza scientifica circa un rischio, perché si possano prendere misure di contrasto a quel pericolo (Dichiarazione di Rio, principio 15). Ciò significa che le scelte politiche possono, entro un certo margine, essere guidate da opzioni valoriali, oltre che da dati fattuali. Ebbene, se l'organo pubblico può introdurre una misura anche quando non ha certezza del presupposto scientifico su cui si fonda la norma, deve ritenersi *a fortiori* che possa operare allo stesso modo quando la sicurezza sussiste, ma per giustificati motivi costituzionali non può essere provata in pubblico. Deve ricorrere però, in questo caso, una ragionevole proporzionalità tra il vantaggio per il valore favorito e lo svantaggio per quello sacrificato, calcolata anche alla luce della trasparenza del procedimento e del grado di incertezza che caratterizza le basi scientifiche su cui si fonda la regola.

Se non fossero possibili queste forme di distacco ragionevole e limitato dell'autorità rappresentativa rispetto alle evidenze scientifiche, il potere di realizzare e contemperare i diritti fondamentali sarebbe trasferito alla comunità degli 'esperti' che dovrebbero valutare il fenomeno, i quali non sono legittimati a tanto giacché sono soggetti politicamente irresponsabili (CARMASSI, 2008).

Come si è visto da alcuni esempi forniti in precedenza, l'uguaglianza sostanziale è uno di quei valori che può orientare e se necessario limitare l'apertura dei dati pubblici. Infatti, il paradigma *open* realizza un'equiparazione indiscriminata, consentendo l'accesso e il riutilizzo a tutti, ma proprio per questo non è in grado di appianare il divario tra soggetti più e meno forti, perché fornisce a entrambe le categorie i medesimi mezzi (GURSTEIN, 2011).

Sembra, d'altra parte, che proprio in virtù della regola generale di trasparenza sancita negli articoli 97 e 118 Cost. il risultato dell'uguaglianza sostanziale non possa essere perseguito rinunciando a una strategia di *open government data*. Infatti, la segretezza sarebbe ammissibile solo se fosse un'eccezione idonea e necessaria a realizzare il valore contrapposto, che in questo caso è l'uguaglianza sostanziale. Ma ciò non accade, in quanto la chiusura dei dati pubblici – almeno in via generale – non parificherebbe i punti di partenza, ma lascerebbe intatta la situazione esistente, in cui alcuni soggetti hanno risorse per procurarsi altrimenti le informazioni, e altri rimangono all'oscuro di tali conoscenze perché privi di mezzi. Gli *open government data*, in effetti, hanno esattamente un fine redistributivo: garantire con un intervento positivo del

soggetto pubblico risorse cognitive a chi altrimenti non ne disporrebbe. Sembra, perciò, che la soluzione più appropriata sia accompagnare l'apertura con un investimento che crei le precondizioni per un esercizio paritario del diritto a essere informati e a partecipare alla determinazione degli indirizzi di politica nazionale.

3.3. *Il soggetto della regolazione*

Stabiliti i termini e i limiti costituzionali oggettivi di una strategia sugli *open government data*, resta da indagare l'aspetto soggettivo, cioè chi sia titolare in base alla Carta fondamentale a determinare le priorità e i vincoli di cui finora si è scritto, cioè quelli che si impongono all'Amministrazione circa i dati da aprire e le modalità da adottare. Appare evidente che in questo ambito il potere dell'Amministrazione vada limitato, da un lato attraverso l'intervento legislativo, dall'altro attraverso la partecipazione diretta dei consociati. La p.a., infatti, è il soggetto che viene controllato attraverso gli *open data*, e quindi si trova in conflitto di interessi rispetto alla corretta attuazione del principio di trasparenza.

Come anticipato, le scelte di cui si sta discorrendo sono decisioni politiche, incidenti tra l'altro sui diritti fondamentali, soggetti a riserva di legge. Per questo deve ritenersi che chi ha il diritto e il dovere di intervenire in prima battuta sul bilanciamento sia il Parlamento, cioè l'Assemblea che esprime la maggioranza delle forze rappresentate in modo dialettico, mediante un confronto con le opposizioni.

Questo non esclude che l'Amministrazione conservi la sua discrezionalità decisionale, purché il suo intervento si muova entro uno spazio preventivamente delimitato nelle sue linee fondamentali dalla fonte primaria (DE MINICO, 2005).

La particolare materia trattata impone anche una precisazione procedurale. Dal momento che la normativa sugli *open government data* riguarda, in ultima analisi, le forme di partecipazione politica diretta, è auspicabile che il legislatore sia particolarmente aperto alle richieste provenienti 'dal basso', anche attraverso procedure specifiche come audizioni e consultazioni. In caso contrario, si rischierebbe di accogliere una concezione superata della partecipazione, come strumento di coinvolgimento meramente formale dei cittadini, calato 'dall'alto' senza prestare attenzione alle condizioni che dovrebbero consentire una reale possibilità per la popolazione di incidere nei procedimenti decisionali. Questa medesima apertura, naturalmente, dovrebbe connotare anche, e a maggior ragione, le scelte amministrative, che – specie a livello locale – vengono operate in sedi con maggiore prossimità agli amministrati. Lo

scopo finale, come è stato sottolineato, dovrebbe essere quello di creare delle forme di *partage*, o ‘condivisione’, di dati tra pubblica Amministrazione e società civile, che sviluppino politiche attive per l’inclusione di chi altrimenti – per le sue condizioni sociali, economiche o di nazionalità – non è posto in condizioni di partecipare alla decisione pubblica e al dialogo con l’Amministrazione.

In questo senso, potrebbe essere utile accogliere gli spunti rappresentati dagli strumenti giuridici già messi in atto dalle comunità locali per l’attuazione della sussidiarietà orizzontale nella gestione del patrimonio materiale. È noto, ad esempio, il caso paradigmatico di Bologna, poi ripreso da altre città, che ha previsto la possibilità di stipulare patti di collaborazione tra istituzioni e formazioni sociali in vista della valorizzazione di immobili pubblici (*Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, Bologna, 22/2/2014). Altra possibilità è quella perseguita dalla città di Napoli, e in forme simili dal Comune di Torino e dal Comune di Palermo: l’emersione, in alcune parti di patrimonio comunale, di ‘usi civici e collettivi urbani’, in cui il bene è aperto alla gestione e fruizione collettiva mediante regolamenti scritti dal basso – in assemblee pubbliche aperte e rette dal metodo del consenso – e recepiti dalla Giunta comunale con propria delibera (cfr. Comune di Napoli, *Individuazione di spazi di rilevanza civica ascrivibili al novero dei beni comuni*, 27/5/2016; Città di Torino, *Riconoscimento uso civico per la Cavallerizza Reale*, Mozione n. 69, 25/9/2017; Comune di Palermo, *Delibera di Giunta n. 74 del 13/4/2017*). Fermo restando che ogni realtà sceglierà le proprie forme di cooperazione tra istituzioni e popolo, considerato che la democrazia partecipativa è un ambito necessariamente connotato da un’ampia flessibilità e porosità alle situazioni di fatto, tanto nelle forme quanto nell’intensità dell’intervento dei governati.

Del resto, è evidente che le forme di gestione di beni comuni urbani, i quali costituiscono spazi situati, limitati ed esauribili, non potranno essere le stesse di quelli digitali, che travalicano i confini nazionali e sono liberi dal problema della rivalità nell’uso. Ad esempio, è vivo il dibattito sulle licenze da utilizzare per i programmi *open source* (BAUWENS, KOSTAKIS, 2015). Infatti nel mondo fisico qualsiasi forma di uso esclusivo leverebbe materialmente spazio alla fruizione collettiva, lo stesso non accade con dati e codici fonte, sui quali possono coesistere diversi tipi d’uso, di mercato e ‘in comune’.

Queste riflessioni, a partire dalle sperimentazioni messe in atto, sollevano l’ulteriore tema del rapporto tra sussidiarietà orizzontale e sussidiarietà verticale. Infatti, una maggiore decentralizzazione sembra consentire di condurre sperimentazioni più avanzate laddove ne esistano le condizioni. Tuttavia, è stato obiettato che una ‘fuga in avanti’ di certe realtà, più sensibili alla parte-

cipazione, può generare difetti di coordinamento e disuguaglianze territoriali nel godimento dei diritti politici. Inoltre, gli enti locali possono essere anche più deboli rispetto alle influenze e pressioni esterne, di *lobby* e corruttori, come sottolineato nei periodici dibattiti sul decentramento, e da ultimo in quello sulla proposta di revisione costituzionale cd. Renzi-Boschi (VILLONE, 2014).

4. *Apertura dei dati e partecipazione politica: un'equazione da disegnare*

Al di là delle poche certezze che si sono potute esprimere circa il quadro costituzionale in cui si dovrebbe collocare l'apertura dei dati funzionale alla partecipazione politica, restano le difficoltà di bilanciare i valori in gioco. In particolare, il legislatore dovrà disegnare la disciplina degli *open government data* in modo da combinare, secondo la sua sensibilità politica, le variegaste istanze di partecipazione politica che si propongono nello scenario della crisi della democrazia rappresentativa. L'obiettivo sarà, in ultima analisi, identificare la ponderazione più equilibrata, e meglio rispondente al contesto, tra rappresentanza e partecipazione diretta.

Si considera qui condivisibile la tesi di chi ritiene che la nostra Costituzione, pur essendo di impianto rappresentativo, consenta già forme di democrazia partecipativa (ALLEGRETTI, 2010; AZZARITI, 2010): in tal senso depono l'articolo 48 della Costituzione, che autorizza i cittadini a concorrere per la determinazione degli indirizzi politici nazionali, gli articoli 2 e 3 della Costituzione, nella parte in cui convergono verso la garanzia della «effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», nonché la libertà di associazione sancita nell'articolo 18 della Costituzione. In questo senso la modifica dell'articolo 71, che sarebbe stata introdotta dalla legge di revisione costituzionale cd. Renzi-Boschi, avrebbe ribadito in parte quanto già *in nuce* nel sistema costituzionale, e cioè l'ammissibilità di aperture alla partecipazione diretta dei cittadini. Certo, avrebbe introdotto delle novità negli specifici meccanismi previsti, mediante il riferimento a referendum propositivi e di indirizzo. Tuttavia si sarebbe trattato di un intervento blando, che a fronte di un impianto accentratore e una limitazione del potere di presentare proposte di iniziativa popolare avrebbe introdotto forme partecipative da realizzarsi in seguito a una legge costituzionale dall'emanazione futura e incerta (DE MINICO, 2016).

A Costituzione invariata, in ogni caso, sono già possibili – e sono state previste da leggi nazionali e regionali – diverse forme di coinvolgimento diretto del popolo nelle decisioni (VALASTRO, 2009).

In tal senso, l'attuale crisi delle forme della sovranità moderna rende la

partecipazione un processo difficilmente arrestabile, e le tecnologie dell'informazione in questo fungono senz'altro da acceleratore, perché – in certi casi ed entro determinati limiti – eliminano molte difficoltà tecniche che sono tradizionalmente considerate un limite alla democrazia diretta. Sembra dunque che il diritto costituzionale non possa più eludere questi argomenti tentando di relegare la democrazia partecipativa a un ruolo marginale, ma debba porsi con urgenza il problema di renderla veicolo di uguaglianza sostanziale nella capacità di influenzare la decisione pubblica.

Questo è il vero *punctum dolens* di tutti gli esperimenti partecipativi che si sono svolti. Da un lato, infatti, a fronte di un'astratta apertura a tutti dei procedimenti, i partecipanti si auto-selezionano, facendo sì che in queste occasioni di deliberazione siano assenti proprio i soggetti che hanno maggiore bisogno di essere inclusi, come i ceti sociali non istruiti e le minoranze emarginate (BOBBIO 2010). Dall'altro, il rischio è che nelle consultazioni prevalgano le opinioni di quelli che sono stati definiti «professionisti della partecipazione», cioè soggetti dotati di una specifica preparazione in vista del procedimento deliberativo, e che hanno avuto la possibilità di effettuare un consistente investimento di tempo e risorse nell'elaborazione delle proprie argomentazioni (ALLEGRETTI, 2011)

Questo implicherebbe la realizzazione di alcune condizioni che oggi rendono problematica la *e-democracy*, e che il diritto costituzionale non può più evitare di affrontare: si possono citare, a titolo esemplificativo, la *governance* pubblicistica delle piattaforme, la piena alfabetizzazione informatica, l'uguaglianza nell'accesso, la *cybersecurity*, l'accertamento della corrispondenza tra il legittimato e l'interveniente...

Con particolare riguardo all'introduzione degli *open government data* resta lo specifico problema dell'alfabetizzazione rispetto all'utilizzo dei dati. Lo Stato infatti deve investire in tale direzione, per colmare il divario tra individui e organizzazioni *tech savvy* e cittadini comuni (CAÑARES, MARCIAL, NARCA, 2016): l'obiettivo finale dovrebbe essere quello di consentire a tutti di avvantaggiarsi in ugual modo dei dati. In questo senso, vista la difficoltà dell'obiettivo massimalista, quello di rendere ognuno un esperto di utilizzo dei dati, andrebbe valutata l'ipotesi di sovvenzionare la nascita di un sistema il più possibile pluralistico di *data intermediaries* (VAN SCHALKWYK, CAÑARES, CHATTAPADHYAY, ANDRASON, 2016), cioè organizzazioni che si aggregano spontaneamente nella società civile con lo scopo di elaborare gli *open government data* a fini di partecipazione politica. Ulteriore possibilità, di stampo più tradizionale, e orientato a una cultura più nettamente rappresentativa, sarebbe che l'Amministrazione fornisse essa stessa un'interfaccia che consentisse l'utilizzo dei dati da parte di chiunque (FALLETTA, 2016).

Infine, sarebbe opportuno riflettere su forme di partecipazione che non si collochino solo ‘a valle’, quando si sceglie quali tra i dati già in possesso dell’Amministrazione debbano essere pubblicati, ma anche ‘a monte’, quando il soggetto pubblico seleziona i dati da raccogliere. Il rischio, in caso contrario, è quello di restituire una visione della realtà viziata dall’indirizzo che il soggetto pubblico assume nel suo operato. Vi sono, infatti, dati che l’Amministrazione rinuncia a raccogliere proprio per evitare che alcune informazioni entrino nel dominio pubblico e siano conoscibili da tutti. Inoltre, per definizione, gli *open government data* si riferiscono a soggetti che entrano più spesso in contratto con la burocrazia, e quindi sovrarappresentano alcune categorie sociali. Di conseguenza, ci si deve interrogare su se il dovere di uguaglianza sostanziale si fermi di fronte al dovere della pubblica Amministrazione di aprire i dati raccolti o includa anche un obbligo di fornire un servizio aggiuntivo alla popolazione, ‘facendosi aiutare’ ad apprendere in modo più diretto i bisogni e le idee dei cittadini (BOURCIER, DE FILIPPI, 2012).

5. Conclusioni

Sicuramente questo scritto non è la sede per risolvere tutte le domande riguardanti la portata innovativa e democratizzante degli *open data*. Tuttavia, si è cercato di dare qualche indicazione di metodo, ritenendo che la trasparenza sia funzionale alla democrazia solo che assistita da una chiara strategia politica parlamentare e partecipata, rientrante nei limiti costituzionali e orientata all’uguaglianza sostanziale. Questo significherebbe realizzare in concreto il potenziale egualitario della tecnologia, che può liberarsi solo in quanto l’innovazione sia orientata con un intervento positivo del legislatore in direzione della garanzia dei diritti fondamentali.

Riferimenti bibliografici

AA. VV. (2017). *Re-using open data*, Studio svolto nell’ambito dello *European Data Portal project*. https://www.europeandataportal.eu/sites/default/files/re-using_open_data.pdf?platform=bootsuite.

AA. VV. (2016). “Le « gouvernement ouvert » à la française : un leurre ?”. <https://www.laquadrature.net/files/20161205-article-pgo.pdf>.

ALLEGRETTI, Umberto (2011). “Democrazia partecipativa”. In *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, Annali IV.

ID. (2010). “Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia”. In *Id.* (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze: Firenze University Press.

ARENA, Gregorio (2005). "Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione". In AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli: Jovene.

ATRIPALDI, Vincenzo (1988). "Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione Stato-società". In AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano: Giuffrè.

AVVISATI, Marana (2010). "Banda larga: politiche regolatorie e *digital divide*". In Giovanna De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli: Jovene.

AZZARITI, Gaetano (2010), "Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali". *Costituzionalismo.it*, n° 3.

BABA, Annamaria, Daniel COOK, Thomas MCGARITY, Lisa BERO (2005), "Legislating "Sound Science": The Role of the Tobacco Industry". *American Journal of Public Health*, Supplement 1, vol 95, n° S1.

BATES, Jo (2014). "The strategic importance of information policy for the contemporary neoliberal state: the case of Open Government Data in the United Kingdom". *Government Information Quarterly*, n° 31.

BAUWENS, Michel, and Vasilis KOSTAKIS (2015). "Towards a New Reconfiguration among the State, Civil Society and the Market". *Peerproduction.net*, n° 7. <http://peerproduction.net/issues/issue-7-policies-for-the-commons/peer-reviewed-papers/towards-a-new-reconfiguration-among-the-state-civil-society-and-the-market/>.

BERTI, Giorgio (1974). "La parabola regionale dell'idea di partecipazione". *Le Regioni*, n° 2.

BIORCIO, Roberto (2003). *Sociologia politica. Partiti, movimenti sociali e partecipazione*, Bologna: Il Mulino.

BOBBIO, Luigi (2010). "Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Il caso dell'autostrada di Genova". *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, fasc. 1.

BOMBARDELLI, Marco (2013). "Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza". *Istituzioni del Federalismo*, n° 3/4.

BOURCIER, Danièle, e Primavera DE FILIPPI (2013). "L'Open Data : universalité du principe et diversité des expériences?". *La semaine juridique - édition générale*.

EAED. (2012). "Vers un nouveau modèle de partage entre l'administration et les communautés numériques". In Nicolas Matyjasik, Philippe Mazuel (a cura di), *Génération Y et gestion publique : quels enjeux ?*, Paris : Institut de la gestion publique et du développement économique, Comité pour l'histoire économique et financière de la France.

CALIFANO, Licia, e Carlo COLAPIETRO (2014). *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli: Editoriale Scientifica.

CAÑARES, Michael P., Dave MARCIAL, Marijoe NARCA (2016). "Enhancing Citizen Engagement with Open Government Data: The Case of Local Governments in the Philippines". *The Journal of Community Informatics*, n° 12.

CAPONE, Nicola (2016). "Del diritto d'uso civico e collettivo dei beni destinati al godimento dei diritti fondamentali". *Politica del diritto*, fasc. 4.

CARMASSI, Ilaria (2008). "Emissioni elettromagnetiche: tutela della persona e principio di precauzione". *Danno e Responsabilità*, n° 7.

CECCARINI, Luigi (2015). *La cittadinanza online*, Bologna: Il Mulino.

- CERULLI IRELLI, Vincenzo, e Luca DE LUCIA (2014). "Beni comuni e diritti collettivi". *Politica del diritto*, fasc. 1.
- CHEVALLIER, Jacques (2014). *L'État post-moderne*, Paris : L.G.D.J.
- CROUCH, Colin (2004). *Post-democracy*, Cambridge: Polity Press. Trad. it. (2003) *Postdemocrazia*, Roma-Bari: Laterza.
- DAVIES, Tim (2010). *Open data, democracy and public sector reform*, Report.
- DE MINICO, Giovanna (2017). "Un nuovo modello per le Authority europee". *Sole 24 Ore*, 30/7/2017.
- EAD. (2016). "Antiche libertà e nuove frontiere digitali". Relazione all'Internet Governance Forum Italia, Venezia, 14-15 Novembre 2016.
- EAD. (2014a). *Intervento alla seduta della Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet*, Seduta n. 2 di Lunedì 22 settembre 2014. In http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_internet/files/000/000/002/Resoconto_22_09_2014_definitivo.pdf.
- EAD. (2014b). "Gli open data: una politica "costituzionalmente necessaria"?". *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 12 giugno 2014.
- EAD. (2012). *Internet. Regola e anarchia*, Roma: Aracne.
- EAD. (2005). *Regole. Comando e consenso*, Torino: Giappichelli.
- DEMOS&PI (2017). "Gli italiani e lo Stato", Rapporto 2016, in http://www.demos.it/2017/pdf/4177itasta2016_20170107.pdf.
- FALLETTA, Pietro (2016). "Il *freedom of information act* italiano e i rischi della trasparenza digitale". *Federalismi.it*, n° 23.
- FERRARA, Giovanni C. (2006). "La sovranità popolare e le sue forme", in Labriola, *Valori e principi del regime repubblicano*, Roma-Bari: Laterza.
- FIORILLO, Valentina (2014). 'I profili soggettivi della trasparenza: livelli di definizione e recenti modifiche legislative', in Licia Califano e Carlo Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- GOËTA, Samuel, e Clément MABI (2014). "L'open data peut-il (encore) servir les citoyens ?". *Mouvements*, n° 3.
- GURSTEIN, Michael (2011). "Open data: Empowering the Empowered or Effective Data Use for Everyone?". *First Monday*, n° 2.
- LEROY, Christophe (2016). "Existe-t-il un marché du droit public ?". *Petites affiches*, n° 100.
- LONGO, Justin (2011). "#OpenData: Digital-Era Governance Thoroughbred or New Public Management Trojan Horse?". *Public Policy and Governance Review*, n° 2.
- LUCARELLI, Alberto (2014), "Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica". *Costituzionalismo.it*, fasc. 3.
- LUCIANI, Massimo (2005). "Articolo 75", in Giuseppe Branca, Alessandro Pizzorusso (fondato e continuato da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano.
- MARSOCCI, Paola (2015). "Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?". In Fabio Marcelli, Paola Marsocci, Marina Pietrangelo (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli: Editoriale Scientifica.

MASSA GALLERANO, Greta (2013). “Il federalismo demaniale tra crisi economica e riduzione del debito: verso la dismissione dei beni pubblici?”. *Le Regioni*.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor, and Kenneth CUKIER (2013). *Big Data*, Boston: Houghton Mifflin Hartcourt Publishing Company, trad. it. *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano: Garzanti.

MICCIARELLI, Giuseppe (2017). “CETA, TTIP e altri fratelli: il contratto sociale della post-democrazia”. *Politica del diritto*, fasc. 2.

MICHAELS, David, e Celeste MONFORTON (2005), “Manufacturing Uncertainty: Contested Science and the Protection of the Public’s Health and Environment”. *American Journal of Public Health*, Supplement 1, vol. 95, n° S1.

MORRONE, Andrea (2001). *Il custode della ragionevolezza*, Milano: Giuffré.

NANNIPIERI, Lorenzo (2015). “I partiti politici italiani sul web: prime osservazioni”. In Fabio Marcelli, Paola Marsocci, Marina Pietrangelo (a cura di), *La rete internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli: Editoriale Scientifica.

OREFICE, Maria (2015). “Gli open data tra principio e azione: lo stato di avanzamento”. *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 maggio 2015.

PINELLI, Cesare (1994). “Art. 97, comma 1, parte II”. In Giuseppe Branca, Alessandro Pizzorusso (fondato e continuato da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano.

POLICY DEPARTMENT FOR CITIENS’ RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS (2016). “Potential and Challenges of E-Participation in the European Union”, PE 556.94. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556949/IPOL_STU\(2016\)556949_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556949/IPOL_STU(2016)556949_EN.pdf)

PRETEROSSO, Geminello (2015). *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari: Laterza.

ROSANVALLON, Pierre (2006). *La contre-démocratie: La politique à l’âge de la défiance*, Paris: Seuil. Trad. it. (2012) *Controdemocrazia. La politica nell’era della sfiducia*, Roma: Castelvecchi.

SALERNO, Giulio M. (2006). “Il nomos dell’invisibile”. In Francesco Rimoli, Giulio M. Salerno (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma: Carocci.

SCACCIA, Gino (2000). *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano: Giuffré.

SWARTZ, Aaron (2010). “When is transparency useful?”. <http://www.aaronsw.com/weblog/usefultransparency>.

SOLOMON, B., R. BHUVANESWARI, P. RAJAN, MANJUNATHA (2007). “Bhoomi: ‘E-Governance’, Or, An Anti-Politics Machine Necessary to Globalize Bangalore?”, A CASUM-m Working Paper. <https://casumm.files.wordpress.com/2008/09/bhoomi-e-governance.pdf>.

VALASTRO, Alessandra (2009), “Gli strumenti e le procedure di partecipazione nella fase di attuazione degli statuti regionali”. *Le Regioni*, n° 1.

VAN SCHALKWYK, François, Michael CAÑARES, Sumandro CHATTAPADHYAY,

Alexander ANDRASON (2016). "Open Data Intermediaries in Developing Countries". *The Journal of Community Informatics*, n° 12.

VILLONE, Massimo (2014). *Il tempo della Costituzione*, Roma: Aracne.

WORTHY, Ben (2015). "The Impact of Open Data in the UK: Complex, Unpredictable and Political". *Public Administration*, n° 93.

“TRA VECCHIO E NUOVO”:
COSTITUZIONALISMO OTTOCENTESCO E MODELLI DI TUTELA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA SOCIETÀ
DELL’INFORMAZIONE

*Vincenzo Telaro**

SOMMARIO: 1. Dalla *pila di Volta* all’avvento del *world wide web*: “se” e “come” regolare Internet. – 2. Costituzionalismo, Costituzioni e diritti *octroyée* nell’esperienza dello Stato liberale. – 3. Tecniche e modelli di riconoscimento dei diritti nella società dell’informazione: la Dichiarazione dei diritti in Internet del 2015. – 4. Garanzie ottocentesche nell’era di Internet: due epoche a confronto. Riferimenti bibliografici.

1. *Dalla pila di Volta all’avvento del world wide web: “se” e “come” regolare Internet*

Sulla base dell’invenzione di Alessandro VOLTA della pila elettrica, primo strumento capace di generare energia, si svilupperanno importanti studi sull’elettromagnetismo che, a partire dall’invenzione del telegrafo elettrico nel 1837 da parte di Samuel MORSE, daranno avvio ad una rivoluzione tecnologica nel campo delle trasmissioni delle informazioni che stravolgerà per sempre il modo di comunicare in ambito economico, politico e sociale.

In particolare, l’avvento degli elaboratori elettronici e dell’informatica ha comportato, negli anni ‘90 del XX secolo, la nascita di una rete mondiale di trasmissione elettronica dei dati e delle informazioni, comunemente definita rete Internet.

Lo sviluppo della rete Internet ha causato la manifestazione di esigenze sconosciute in passato e il sorgere di nuove questioni giuridiche che hanno investito interi settori del diritto. È stato coinvolto, ad esempio, il campo del diritto civile a causa dell’avvento degli scambi commerciali conclusi tramite la rete e dei problemi sorti in merito alla tutela del diritto alla riservatezza, quello del diritto penale con la diffusione di comportamenti dannosi a danno di terzi, tali da comportare negli ordinamenti nazionali la previsione di reati commessi a mezzo *web*, del diritto amministrativo in cui progressivamente è stata avviata un’opera di digitalizzazione della Pubblica amministrazione e quello del diritto processuale con la nascita del processo telematico.

* Dottorando di ricerca presso l’Università degli Studi di Enna “Kore”.

La manifestazione di nuove esigenze causate dallo sviluppo tecnologico ha fatto emergere nuovi diritti che, ancorché spesso non previsti a livello normativo, sembrano assumere un “forte e chiaro «tono costituzionale», che li colloca, implicitamente, all’interno della Costituzione, riservando all’interprete il compito di estrapolarli da essa” (T.E. FROSINI, 2011: 226). L’avvento della rete, infatti, ha provocato in dottrina e giurisprudenza una rilettura delle tradizionali libertà costituzionali alla luce degli interessi emersi nella coscienza sociale della nuova era dell’informazione¹.

La rilettura di alcune libertà costituzionali, tuttavia, non risulta sempre sufficiente a tutelare tutti gli interessi emersi dall’avvento di Internet, ancorché questi, spesso, risultano di fondamentale importanza. A tal proposito, si pensi, ad esempio, al rilievo che oggi assume la possibilità che a tutti sia garantito l’accesso a Internet, che secondo parte della dottrina dovrebbe essere considerato “un diritto sociale, o meglio 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” (T.E. FROSINI, 2011: 238).

Alla luce di tali considerazioni, dunque, appare necessario l’intervento da parte degli ordinamenti al fine di riconoscere i c.d. diritti di Internet.

Sembra ormai superato, infatti, il vecchio dibattito tra gli studiosi, sviluppatosi negli anni ’90, avendo ad oggetto la reale necessità di una regolamentazione di Internet, ossia la creazione di quello che è stato definito un “*online legal environment*” (POWER, TOBIN, 2011: 32). Fino alle soglie del nuovo Millennio vi era, infatti, da un lato, chi riteneva assolutamente necessario un intervento degli ordinamenti nazionali o quantomeno di quello internazionale nel regolare Internet per la particolare peculiarità che lo caratterizza, ossia uno spazio che coinvolge l’intero pianeta (V. FROSINI, 2000) e, dall’altro, invece, chi sosteneva che lo spazio cibernetico sembrasse non differire dagli altri spazi di cui si era già occupato il diritto, come quello marittimo, aereo o cosmico, rendendo così superflua una sua regolamentazione (ALPA, 1999).

¹ Si pensi, ad esempio, alle pronunce della giurisprudenza nazionale ed europea sul riconoscimento del diritto all’oblio, basandosi sui già esistenti diritti alla riservatezza, all’identità personale e sul dovere di cronaca. A tal proposito, per una disamina più approfondita della questione si rimanda all’interessante contributo di VALVO, la quale sottolinea che “Il diritto all’oblio, non espressamente previsto né dalla legislazione ordinaria e né da quella costituzionale, è stato definito dalla giurisprudenza come una particolare declinazione della tutela dell’identità personale che consiste nel diritto autonomo a che la propria persona venga rappresentata in modo da riflettere la attuale dimensione personale e sociale o, in altri termini, nel diritto a non vedersi pubblicamente rappresentati in maniera non più corrispondente al passato.” (2015: 347).

In altri termini, il dibattito che dalla dottrina americana era stato paragonato alla necessità di avere un *law of the horse*, ossia un “diritto del cavallo” (EASTERBROOK, 1996; LESSIG, 1999), risulta ormai anacronistico e la questione sembra incentrarsi non più sul “*se*” regolare Internet, ma eventualmente sul “*come*” provvedere in tal senso.

Occorre avvertire, a tal proposito, che in alcuni ordinamenti hanno già provveduto a predisporre un riconoscimento dei diritti di Internet. Nonostante, tuttavia, vi siano esperienze in cui si è intervenuti per via legislativa, come quella brasiliana, dove è stata emanata a riguardo la Lei n. 12.965 de 23 aprile 2014, vi sono pure ordinamenti in cui i diritti in questione sono stati previsti in strumenti di *soft law*, come è avvenuto, ad esempio, in Italia con la Dichiarazione dei diritti in Internet del 2015. In tali ordinamenti si è proceduto senza seguire né il normale procedimento legislativo di natura democratica, né sancendo i diritti di Internet in atti giuridicamente vincolanti. Di conseguenza, gli atti in questione non possono essere annoverati tra le fonti del diritto tradizionali, e ai diritti ivi sanciti, dunque, non è possibile riconoscere una protezione a livello giurisdizionale. L’unica possibilità, infatti, è che i giudici adoperino gli atti in questione come semplice linee guida da porre alle basi delle loro decisioni.

Oggetto del nostro studio saranno le modalità di tutela dei diritti di Internet adottate in questi ordinamenti in cui si è intervenuti con atti di *soft law*, prendendo come punto di riferimento la Dichiarazione dei diritti in Internet adottata in Italia nel novembre del 2015, perché sembra che si possa affermare che per disporre il “nuovo” si siano adoperate modalità “vecchie” e in particolare quelle relative al sistema di riconoscimento dei diritti fondamentali nelle Costituzioni ottocentesche, laddove i diritti erano sanciti in testi *octroyée*, risultavano essere, pur sempre, semplici vincoli politici che non pongono ostacoli giuridici all’azione del Sovrano.

In particolare, si evidenzieranno i caratteri che valgono ad accomunare l’idea di Costituzioni e costituzionalismo tipica delle esperienze ottocentesche e quella sottesa alla Dichiarazione dei diritti in Internet del 2015. Una volta compiuta tale operazione, si procederà ad una comparazione diacronica tra i due modelli di tutela dei diritti fondamentali, al fine di dimostrare che se pur a prima vista possono sembrare sistemi completamente differenti, in realtà potrebbero presentare caratteristiche comuni, tanto da potere affermare la rinascita, sotto diversa forma, ma con identica sostanza, della “*graziosa concessione*” del Sovrano e di diritti che costituiscono prerogative riconosciute soltanto ad una cerchia ristretta di individui, espressione dei ceti sociali più forti.

2. *Costituzionalismo, Costituzioni e diritti octroyée nell'esperienza dello Stato liberale*

Con il termine “costituzionalismo” si fa riferimento a quel movimento politico, filosofico e culturale sviluppatosi tra il XVII e XVIII secolo², che ha caratterizzato l'ideologia delle rivoluzioni borghesi francesi e americane della seconda metà del Settecento, volto all'affermazione di limiti del potere del Sovrano e all'adozione di documenti costituzionali improntati ai principi liberali (BARBERA, 2007).

Il superamento dell'esercizio del potere assoluto e l'affermazione di limiti politici e giuridici all'azione del Sovrano, secondo la prevalente ricostruzione storica, rappresentarono l'obiettivo primario del costituzionalismo (MATTEUCCI, 1997). Occorre avvertire, tuttavia, che tale limitazione è quella collegata ad una serie di congegni, come l'affermazione dei diritti individuali o della separazione dei poteri, che la differenzia dai remoti antecedenti dell'ordine giuridico medioevale, in cui il problema del potere e dei suoi limiti si pone in assetti politici contraddistinti dalla presenza dell'Impero da un lato e del Papato dall'altro, che esprimono pretese di universalità in un contesto caratterizzato da una società fortemente frammentata e organizzata sulla base del modello feudale (RIDOLA, 2014)³.

Dal termine “costituzionalismo”, la scienza del diritto costituzionale generalmente distingue quello di “costituzioni”. Esse delineano, infatti, i caratteri essenziali che caratterizzano la forma di stato e di governo di un determinato territorio. Si può affermare, dunque, che ogni ordinamento statale ha sempre avuto una costituzione, formale o materiale (BARBERA, 2007; DI GIOVINE, 2004)⁴.

² A tal proposito, occorre evidenziare, tuttavia, che se pur vero che il movimento costituzionalista volto all'affermazione di limiti al potere sovrano si sviluppò intorno al XVII-XVIII secolo, studi sul fondamento dell'ordine politico e sui limiti del potere, indirizzati alla ricerca della migliore forma di governo, non furono sconosciuti nel mondo antico (BOBBIO, 1976). Fondamentale fu, ad esempio, il contributo di Aristotele che nei suoi due Trattati sulla *Politica* e sulla *Costituzione degli Ateniesi*, osservò i differenti modelli costituzionali della Grecia del V secolo a. C. al fine di teorizzare le caratteristiche della migliore Costituzione possibile (MCLWAIN, 1956).

³ RIDOLA a proposito rileva che “non è casuale che le radici medievali del costituzionalismo moderno siano state rinvenute per lo più nella costituzione inglese, nella quale la tensione fra l'emersione di un potere statale unitario e la formazione di una giustizia reale centralizzata, da un lato, e il tessuto sociale pluralistico, dall'altro, si profila in modo precoce e soprattutto libero dai lacci di vincoli universali” (2014: 743).

⁴ Secondo BARBERA “tale distinzione ci porta a dire che possono aversi costituzioni non improntate ai valori del «costituzionalismo» (ad esempio le odierne costituzioni ispirate dal fondamentalismo islamico) così come, del resto, assistiamo al paradosso per cui l'Inghilterra,

Parte della dottrina, tuttavia, ha sostenuto che esistono almeno quattro accezioni di costituzione (BRUNETTI, 2012). La prima è quella tradizionale accettata generalmente dalla scienza del diritto costituzionale, già evidenziata, ossia quella che disciplina la “forma” di uno Stato. La seconda è quella che delinea la costituzione come limite al potere politico, in cui sono sanciti i diritti fondamentali e la separazione del potere e, dunque, accogliendo tale impostazione, il termine “costituzione” sarebbe un mero sinonimo di “costituzionalismo”; l’accezione qui esaminata è essenzialmente quella espressa all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 ai sensi del quale “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”. La terza fa riferimento alla costituzione come documento scritto, che si caratterizza per la presenza di un articolato normativo che prende il nome di Legge fondamentale, Carta costituzionale, Costituzione o Statuto. La quarta accezione, infine, è quella di costituzione differenziata, che assume un rilievo particolare nella gerarchia delle fonti del diritto; ad esempio a causa del particolare procedimento di formazione o di revisione costituzionale, che risulta aggravato rispetto a quello previsto per le leggi di natura ordinaria.

In realtà, l’impostazione che sembra debba essere accolta, è quella delineata nella tesi tradizionale (la prima), poiché ogni accezione di “costituzione” sopra brevemente esaminata, presenta nella prassi comunque una peculiarità di base, ossia quella che ravvisa una costituzione in ogni forma di organizzazione del potere e di regolazione dei rapporti tra Stato e cittadini o tra i centri di potere presenti in un dato territorio. In altri termini, l’accezione di “costituzione” delineata dalla teoria tradizionale rappresenta la base sulla quale si sono sviluppate le costituzioni che hanno riconosciuto e garantito i diritti fondamentali e affermato la separazione del potere (seconda accezione), le cui disposizioni sono state sancite in testi di natura formale (terza accezione) e sottoposte a procedimenti aggravati di formazione e modifica (quarta accezione), a causa dell’influenza delle diverse dottrine politiche e giuridiche presenti in un determinato periodo storico.

Il costituzionalismo, ad esempio, come già detto, aspirava “alla conquista di documenti costituzionali improntati ai principi liberali o liberaldemocratici” (BARBERA, 2007: 3).

Soffermandoci sul costituzionalismo ottocentesco, con particolare riferimento al sistema previsto nel Regno di Italia, occorre osservare che in tale contesto il Sovrano trovava un primo limite nel ruolo svolto dal Parlamento.

patria del moderno costituzionalismo, non possiede né una costituzione scritta né un aggiornato Bill of Rights ma indubbiamente possiede una costituzione «materiale» improntata ai principi del costituzionalismo” (2007: 4).

Lo Stato liberale, infatti, era caratterizzato dalla partecipazione di due organi alla formazione delle leggi: il Re e il Parlamento. Nel Regno d'Italia si verificò una preminenza del Parlamento nella formazione delle leggi e un ruolo centrale venne ad acquisire il c.d. *principio di discussione parlamentare* (SCHMITT, 1926).

In tale sistema alla legge venne riconosciuta una posizione di supremazia nella gerarchia delle fonti, derivante dalla circostanza che essa era ritenuta la maggiore manifestazione della volontà espressa dalla rappresentanza parlamentare (CARRÈ DE MALBERG, 1962). Il sistema liberale, dunque, era basato su uno Stato di legislazione (SCHMITT, 1932), in cui la legge era posta al vertice dell'intero apparato statale e "il costituzionalismo si convertiva pertanto nella prevalenza del diritto (im)posto dal legislatore" (RIDOLA, 2014: 760)⁵.

Occorre osservare, tuttavia, che la rappresentanza parlamentare tipica dello Stato liberale, non era espressa da membri eletti a suffragio universale dall'intera compagine cittadina dello Stato, ma l'elettorato attivo e passivo era composto soltanto da alcuni ceti, di genere maschile e selezionati in base al censo. Il Parlamento, dunque, risultava espressione di interessi di un *élites*, la borghesia, ossia soltanto di una parte della società dell'epoca (BONGIOVANNI, GOZZI, 2007).

La scelta era dovuta alla circostanza che in epoca liberale la democrazia politica, ossia la quella in cui "viene a realizzarsi una effettiva, reale sovranità del popolo" (BATTISTA, 1989: 150), viene vista come un sistema che realizza "un nuovo tipo di dispotismo di emanazione popolare, tale da compromettere gravemente le garanzie e le libertà individuali" (*ivi*: 154)⁶.

⁵ A tal proposito, come è stato osservato in dottrina, tale sistema incentrato sulla preminenza della legge, astratta e generale, si giustificava con la circostanza che all'epoca era l'unica soluzione offerta ai ceti borghesi per rappresentare pienamente i propri interessi diretta espressione dell'ideologia del liberismo economico, poiché la legge era in grado di garantire l'eguaglianza formale degli operatori economici (RIDOLA, 2014). Non a caso, venuto meno il capitalismo concorrenziale, a seguito dello sviluppo delle posizioni monopolistiche e oligarchiche, tale concezione della legge entrò in crisi (NEUMANN, 1973). Occorre osservare, altresì, che tale concezione di legge, basata sull'ipotetica eguaglianza di tutti gli individui, ben presto portò a problemi di natura economica, i ceti meno abbienti, infatti, non disponevano più delle risorse per soddisfare gli interessi economici del capitalismo borghese, tant'è, che da lì a poco, i rappresentanti delle masse popolari entrarono a far parte dei Parlamenti nazionali, circostanza che porterà all'affermazione dello Stato sociale e al tramonto di quello liberale.

⁶ "Da ciò deriva la politica costituzionale dei liberali nella Francia della Restaurazione (espressa, ad esempio, nel *Cours de politique constitutionnelle* di Benjamin CONSTANT), centrata intorno a tre questioni: limitazione del suffragio a determinati ceti sociali, contenimento del potere legislativo, potere di intervento e controllo degli organi non elettivi, quali il monarca e la magistratura. È soltanto con l'opera di Alexis de Tocqueville e di John Stuart Mill che l'inconciliabilità tra democrazia e liberismo viene stemperata. Nell'opera di Tocqueville, che si

Per ciò che concerne il sistema di tutela dei diritti fondamentali nello Stato liberale, con particolare riferimento a quello previsto nello Statuto Albertino del 1848, divenuto, in seguito all'unificazione, lo Statuto del Regno d'Italia, occorre osservare che in tale contesto i diritti riconosciuti ai sudditi risultano di “*graziosa concessione*” del Sovrano. I diritti fondamentali risultano un mero riconoscimento operato dallo Stato, soggetto a modifiche o abrogazioni in qualsiasi momento, seguendo il normale procedimento legislativo ordinario, senza che venga garantita alcuna protezione aggravata, ancorché l'importanza che rivestono tali diritti nell'ordinamento giuridico nazionale.

I diritti fondamentali nel Regno d'Italia furono sanciti, come già detto, nello Statuto Albertino, il quale pur essendo una Costituzione *octroyée*, ossia di “graziosa concessione”, modello tipico adoperato nello Stato liberale, risultava comunque “una rottura di grande rilievo rispetto alla forma di Stato precedente” (CARETTI, 2011: 24).

I diritti fondamentali nello Statuto Albertino si rinvenivano agli artt. 24-32 e il titolo è aperto con una disposizione in cui è affermato che “*Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve le eccezioni determinate dalle leggi*”, ossia il principio di eguaglianza formale.

Lo Statuto, dunque, in linea con l'ideologia del costituzionalismo liberale ottocentesco, afferma il principio di eguaglianza formale di fronte alla legge, per cui i cittadini non possono essere oggetto di azioni discriminatorie da parte del legislatore.

All'affermazione del principio di eguaglianza seguono diritti fondamentali come la libertà persona, la tutela del domicilio, la libertà di stampa, la libertà di riunione, il diritto di proprietà e garanzie dettate in materia tributaria. Tuttavia, le disposizioni in questione presentano una particolarità: nella prima parte è affermato il diritto, nella seconda si effettua un rinvio al legislatore perché ne determini i limiti d'esercizio.

Tale tecnica rispondeva perfettamente all'impostazione di fondo che ten-

confronta con la democrazia realizzata americana [...] questo passaggio avviene sulla base di due considerazioni innovative. In primo luogo la democrazia viene vista come processo sociale [...] cioè un sistema sociale caratterizzato dall'eguaglianza delle condizioni e dalla mobilità sociale. In secondo luogo [...] Tocqueville rivede profondamente i pericoli che ne possono derivare in chiave politica [...] [e] Nella seconda *Democrazia in America* del 1840, [...] si distacca dal tema della tirannide della maggioranza e individua il nuovo pericolo per le libertà nell' «accentramento dei poteri» [...] con l'avallo dei sudditi, prerogative e attribuzioni un tempo lasciate alle libere scelte individuali» (BATTISTA, 1989) e che porta alla cessione dei diritti allo Stato: un potere pervasivo che occupa progressivamente gli ambiti di vita dei sudditi” (BONGIOVANNI, GOZZI, 2007: 233).

deva da un lato a riconoscere i diritti fondamentali in termini di “*graziosa concessione*” e dall’altro ad affermare e valorizzare il massimo ruolo assunto dalla legge negli Stati liberali e, dunque, la preminenza del Parlamento, espressione diretta del ceto borghese⁷.

I limiti all’esercizio dei diritti fondamentali, dunque, erano stabiliti dal Parlamento di espressione borghese, con la conseguenza che lo Statuto Albertino “relega[va], ancora una volta, la stragrande maggioranza dei cittadini al ruolo di meri destinatari di decisioni altrui” (CARETTI, 2011: 26). Lo Stato, così, determina di fronte a quali interessi pubblici debbano fermarsi le ragioni dei privati e ogni persona si trova, conseguentemente, garantita da un lato e limitata nella propria azione dall’altro, nella misura in cui le viene riconosciuto e garantito un diritto, ma nei limiti stabiliti dal legislatore sulla base degli interessi sostenuti dal ceto borghese (RACIOPPI, BONELLI, 1909).

In tale contesto, i diritti fondamentali si presentano di conseguenza come mere libertà negative, in cui all’individuo, nei limiti stabiliti dal legislatore, è riconosciuta la potestà di difendersi da ogni interferenza esterna, ma lo Stato non gli fornisce alcuno strumento o risorsa affinché questo, se appartenente ad un ceto sociale poco abbiente, possa veramente usufruirne. Affinché ciò che si verifichi, infatti, occorrerà attendere l’avvento dello Stato sociale e l’affermazione del principio di eguaglianza sostanziale nelle Costituzioni europee della seconda metà del Novecento.

3. *Tecniche e modelli di riconoscimento dei diritti nella società dell’informazione: la Dichiarazione dei diritti in Internet del 2015*

Nella attuale società dell’informazione, come già detto, nuovi strumenti di riconoscimento dei diritti fondamentali vengono adoperati negli ordinamenti nazionali.

Nell’ordinamento italiano, ad esempio, è avvenuto il riconoscimento dei c.d. diritti di Internet, definiti da parte della dottrina come “diritti umani di ultima generazione” (VALVO, 2014), con la Dichiarazione dei diritti in Internet del 2015, che è uno strumento di *soft law*.

Gli atti di *soft law*, a differenza di quelli di *hard law*, rappresentano una tipologia di fonti del diritto che non risultano giuridicamente vincolanti, ma possono servire come mere linee guida all’interprete nel formare il proprio

⁷ A tal proposito, come hanno osservato RACIOPPI, BRUNELLI lo “Statuto non concede diritti all’individuo, ma semplici presunzioni di diritti: mentre l’esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificatamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli” (1909: 34).

orientamento dottrinale o giurisprudenziale quando egli si trova di fronte a determinate questioni regolate da tali strumenti.

In particolare, la Dichiarazione dei diritti in Internet è stata elaborata da una Commissione, presieduta da Stefano RODOTÀ, istituita su iniziativa della Presidente della Camera Laura BOLDRINI nel luglio del 2014.

La Commissione, formata da studiosi e da alcuni parlamentari esperti in materia, ha elaborato una bozza del documento e l’ha sottoposta a consultazione pubblica attraverso la piattaforma *on-line* chiamata Civici⁸. In seguito a tale consultazione, il 28 luglio 2015, è stata pubblicata la versione definitiva della Dichiarazione⁹.

Tra i diritti previsti dalla Dichiarazione, tra i più importanti, vi è quello di accesso ad Internet, alla conoscenza ed educazione in rete, il diritto ad un accesso neutrale ad Internet, all’autodeterminazione informativa e all’oblio¹⁰.

Occorre osservare, dunque, che il documento non è frutto del normale procedimento legislativo ordinario e quindi sottoposto al controllo democratico degli organi rappresentativi dei cittadini, ma è il risultato del lavoro svolto da parte di un gruppo di esperti. La Commissione, infatti, ha avuto il compito di elaborare una bozza di un atto, sottoposto poi ad una mera consultazione pubblica *on-line* di dubbia attendibilità sotto il profilo del rispetto dei tradizionali principi democratici e sicuramente non vincolante per la Commissione, per poi essere pubblicato “aggirando” il controllo parlamentare.

Tra le principali criticità sollevate da tale modo di operare in materia di riconoscimento dei diritti fondamentali, nel caso di specie, vi è la circostanza che il lavoro della Commissione, non essendo essa abilitata a porre in essere atti legislativi *tout court*, risulta un documento di scarsa utilità pratica (BASSINI, 2014). Il documento, infatti, essendo un mero atto di *soft law*, come già

⁸ <http://camera.civi.ci>

⁹ L’idea di una Carta di Internet risale proprio al Presidente della Commissione RODOTÀ, il quale scrive “Internet sta realizzando una nuova, grande redistribuzione del potere. Per questo è continuamente a rischio. In nome della sicurezza si restringono libertà. In nome di una logica di mercato miope si restringono possibilità di accesso alla conoscenza. Alleanze tra grandi imprese e Stati autoritari impongono nuove forme di censura. Internet non deve divenire uno strumento per controllare i milioni di persone che se ne servono, per impadronirsi di dati personali contro la volontà degli interessati, per chiudere in recinti proprietari le nuove forme della conoscenza. Per scongiurare questi pericoli non ci si può affidare soltanto alla naturale capacità di reazione di Internet. È tempo di affermare alcuni principi come parte della nuova cittadinanza planetaria: libertà di accesso, libertà di utilizzazione, diritto alla conoscenza, rispetto della privacy, riconoscimento di nuovi beni comuni. È tempo che questi principi siano riconosciuti da una inedita Carta dei Diritti, in un *Bill of Rights* del nuovo millennio.” (2006: 179).

¹⁰ Il testo della Dichiarazione è reperibile su www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_Internet/dichiarazione_dei_diritti_Internet_publicata.pdf

detto, non è giuridicamente vincolante per l'interprete, il quale potrà adoperarlo soltanto come mera linea guida nel formare il proprio convincimento. Lo Stato, inoltre, anziché prevedere forme di sostegno a diritti di fondamentale importanza, come quello di accesso ad Internet¹¹, e investire risorse pubbliche, affinché tutti possano usufruire alle medesime condizioni dei diritti di *ultima generazione*, si è limitato ad enunciarli in disposizione con mero carattere programmatico, di dubbia valenza giuridica, e che possono essere esercitati effettivamente soltanto da chi a riguardo ha disposizione mezzi propri. Ancorché, infatti, nella Dichiarazione si leggono disposizioni in cui sono previsti interventi dello Stato per garantire a tutti i diritti di Internet (cfr., ad esempio, l'art. 2, comma 3)¹², la valenza non obbligatoria tipica degli atti di *soft law* rende tali previsioni privi di qualunque significato concreto.

In realtà, a tal proposito, occorre avvertire che vi sono dei tentativi in atto in Italia, almeno con riferimento al diritto di accesso ad Internet, di prevedere tale diritto in testi normativi vincolanti. In particolare, una prima proposta¹³ prevede l'aggiunta di un comma all'art. 21 Cost.: «Tutti hanno il diritto di accedere liberamente alla rete Internet. La Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale al fine di rendere effettivo questo diritto. La legge promuove e favorisce le condizioni per lo sviluppo della tecnologia informatica»; una seconda proposta¹⁴, prevede, invece, l'inserimento in Costituzione dell'art. 34-*bis*, in cui è sancito che: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in modo neutrale, in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla rete Internet come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale»¹⁵.

¹¹ Come è stato già evidenziato, tale diritto, è stato definito da parte della dottrina come «un diritto sociale, o meglio 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» (T.E. FROSINI, 2011: 238).

¹² All'art. 2, comma 3, della Dichiarazione è previsto «L'effettiva tutela del diritto di accesso esige adeguati interventi pubblici per il superamento di ogni forma di divario digitale – culturale, infrastrutturale, economico – con particolare riferimento all'accessibilità delle persone con disabilità».

¹³ S. 1317, *Modifica all'articolo 21 della Costituzione, in materia di tutela e di libero accesso alla rete Internet*, presentata il 17 febbraio 2014.

¹⁴ S. 1561, *Introduzione dell'articolo 34-bis della Costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet*, presentata il 10 luglio 2014.

¹⁵ Occorre avvertire, a proposito, che l'avvio del dibattito per l'inserimento in Costituzione del diritto d'accesso ad Internet, risale ad una proposta di Stefano RODOTÀ avanzata all'*Internet Governance Forum* nel 2010, concernente l'inserimento dell'art. 21-*bis* nel testo della Carta fon-

Ad oggi, tuttavia, nessuna di queste proposte si è tradotta in un atto concreto, a differenza di ciò che invece è accaduto negli Stati latino-americani, che mostrano maggiori sensibilità nei confronti del tema, come è avvenuto, ad esempio, come già detto, nell'esperienza brasiliana, dove è stata emanata a riguardo la Lei n. 12.965 de 23 aprile 2014.

In conclusione, purtroppo, non si può non prendere atto come in Italia si sia intervenuti, almeno fino ad oggi, con atti espressione di un organo sicuramente non rappresentativo dell'intera compagine cittadina, ma di una cerchia ristretta di persone, che ha trattato i diritti di Internet alla stregua di una mera libertà negativa non vincolante per lo Stato, ma soprattutto a disposizione soltanto di chi presenta mezzi propri per il relativo esercizio. Internet, dunque, non è ancora un diritto di tutti e tutto ciò nonostante l'importanza che ormai rivestono in campo economico e sociale i diritti di Internet, che dovrebbero essere considerati alla stregua di un diritto sociale, affinché tutti possano usufruirne alle medesime condizioni, alla luce del principio di eguaglianza sostanziale.

4. *Garanzie ottocentesche nell'era di Internet: due epoche a confronto*

Dalla disamina delle principali peculiarità riguardanti il costituzionalismo e le Costituzioni dell'Ottocento e quelle relative alle tecniche di tutela dei diritti fondamentali nella società dell'informazione, con particolare riferimento a quelle adoperate nell'ordinamento italiano in tema di riconoscimento dei diritti di Internet, emergono, a parere di chi scrive, punti di contatto tra i due modelli, che si andranno di seguito ad evidenziare.

In particolare, in entrambi i modelli, i diritti fondamentali sono espressione non di un organo rappresentativo dei cittadini, ma di una cerchia oligarchica di persone, che detiene il potere. Come si è visto, infatti, l'Ottocento è stato

damentale formulato nei seguenti termini: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I».

Come è stato osservato, a tal proposito, tuttavia, “L'idea della costituzionalizzazione di Internet, accolta con favore da parte della dottrina, pur con vari *distinguo*, non piace però a quanti ritengono che le disposizioni già presenti nella Costituzione – e in particolare gli artt. 2 e 3 – si adattino perfettamente anche all'ambiente virtuale. Peraltro, le Costituzioni degli altri Paesi europei non hanno perseguito la via della previsione costituzionale dell'accesso a Internet, anche considerando che la natura stessa di Internet porta a ritenere più efficace la sottoscrizione di impegni a livello internazionale piuttosto che l'adozione di regole a livello statale.” (ALLEGRI, 2016: 2).

caratterizzato dalla presenza di un Parlamento i cui membri appartenevano al ceto borghese ed erano eletti da cittadini di genere maschile e che disponevano di un determinato censo e livello di istruzione. In tale modello, come già detto, i diritti erano sanciti attraverso la legge, alla quale era riconosciuta una posizione di supremazia nella gerarchia delle fonti, poiché considerata la maggiore manifestazione della volontà espressa dalla rappresentanza parlamentare (CARRÈ DE MALBERG, 1962), tant'è che "il costituzionalismo si convertiva pertanto nella prevalenza del diritto (im)posto dal legislatore" (RIDOLA, 2014: 760). Nella società dell'informazione, inoltre, si è visto, con riferimento all'ordinamento italiano, che i diritti di Internet sono stati sanciti in un Dichiarazione che è stata elaborata non da un organo rappresentativo dei cittadini, ma da una Commissione formata da studiosi e da alcuni parlamentari esperti in materia.

Orbene, a tal proposito, non si può non rilevare che in entrambe le esperienze i diritti fondamentali rappresentano comunque espressione di un gruppo oligarchico di persone. Se pur nel costituzionalismo ottocentesco, infatti, vi è la presenza di un Parlamento, quest'organo non può essere considerato alla stregua dei Parlamenti odierni, eletti a suffragio universale diretto, ma è espressione di un gruppo ristretto, così come espressione di una cerchia ristretta di persone è la Commissione che ha elaborato la Dichiarazione dei diritti in Internet del 2015. Ancora una volta, dunque, così come è stato evidenziato a proposito dei diritti sanciti nello Statuto Albertino da CARETTI, sembra che lo Stato, nuovamente, "relega [...] la stragrande maggioranza dei cittadini al ruolo di meri destinatari di decisioni altrui" (2011: 26).

Ulteriori punti di contatto tra i due modelli possono essere ravvisati, altresì, nella circostanza che i diritti fondamentali in entrambe le esperienze appaiono espressione della "graziosa concessione" del Sovrano e sono riconosciuti come diritti in cui lo Stato non rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale affinché tutti possano effettivamente goderne.

La Dichiarazione dei diritti in Internet, infatti, essendo un atto di *soft law*, da un lato non impegna lo Stato in alcun modo degli impegni assunti, il quale rimane libero di intervenire successivamente in materia di riconoscimento dei diritti di Internet in modo diverso, magari con disposizioni maggiormente restrittive rispetto a quelle previste nella Dichiarazione, dall'altro lo Stato potrà conformarsi o meno alle disposizioni sancite nel documento in modo del tutto arbitrario, essendo legittimato, allo stesso tempo, sia ad adoperare la Dichiarazione come linea guida allorché lo riterrà opportuno sia a disconoscerla totalmente, senza alcun vincolo giuridico, in quanto mero atto di *soft law*.

La circostanza, inoltre, che si sia in presenza di un atto di *soft law*, ha comportato che i diritti ivi previsti, anche quando la Commissione abbia volu-

to enunciare nel testo un intervento dello Stato affinché tutti i cittadini siano messi nelle condizioni di godere di tali diritti¹⁶, risultano riconosciuti comunque a tutti come mere libertà negative, non avendo gli atti di *soft law*, come già detto, alcuna forza vincolante. Il supporto dello Stato nel fornire i mezzi necessari per l’effettivo esercizio a tutti i cittadini dei diritti di Internet, infatti, è pressoché nullo, disconoscendo di fatto, le previsioni costituzionali in tema di eguaglianza sostanziale e ritornando al “vecchio” principio di eguaglianza formale, tipico delle Costituzioni ottocentesche.

I diritti di Internet, dunque, almeno con riferimento all’ordinamento italiano, così come avveniva nel riconoscimento dei diritti fondamentali nel corso dell’Ottocento, risultano espressione di una cerchia oligarchica di persone, di “*graziosa concessione del Sovrano*” e disposti secondo la logica tipica del principio di eguaglianza formale, che era stata, come è noto, superata con l’avvento della Costituzione del Novecento.

Sembra, quindi, che in tale materia, si siano adoperati modelli “vecchi” per tutelare i “nuovi” diritti, un ritorno al passato certamente meno rispettoso del principio di sovranità popolare e dei tradizionali principi democratici.

Riferimenti bibliografici

ALLEGRI Maria R. (2016). “Riflessioni e ipotesi sulla costituzionalizzazione del diritto di accesso ad Internet (o al ciberspazio)?”, *Rivista AIC*, n. 1, www.rivistaaic.it/riflessioni-e-ipotesi-sulla-costituzionalizzazione-del-diritto-di-accesso-a-internet-o-al-ciberspazio.html.

ALPA Guido (1999). “Premessa”. In TOSI Emilio, *I problemi Giuridici di Internet*. Milano: Giuffrè, p. XVII-XXXV.

BARBERA Augusto (2007). *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Bari: Editori Laterza.

BASSINI Marco (2014). “Le tecnologie avanzano, le norme passano ma le costituzioni rimangono”. *Diritti Comparati, Comparare i Diritti Fondamentali in Europea*, www.diritticomparati.it/2014/11/letecnologiaevanzanolenormepassanomalecostituzionirimangono.html.

BATTISTA Anna M. (1989). *Studi su Tocqueville*. Firenze: Centro editoriale toscano.

BOBBIO Norberto (1976). *Le teorie delle forme di governo nella storia del pensiero politico*. Torino: Giappichelli.

BONGIOVANNI Giorgio, GOZZI Gustavo (2007). “Democrazia”. In BARBERA Augusto, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Bari: Editori Laterza, p. 215-249.

BRUNETTI Leonardo (2015). “Percorsi del costituzionalismo tra ottocento e nove-

¹⁶ A tal proposito si veda la nota n. 12.

cento: le leggi fondamentali della Monarchia e della Repubblica italiana. Le costituzioni liberali: lo Statuto albertino”. *Forum costituzionale*, www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0321_brunetti.pdf, p. 1-15.

CARETTI Paolo (2011). *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*. Torino: Giappichelli.

CARRÉ DE MALBERG Raymond (1962). *Contribution à la théorie générale de l'état*. Paris: Éditions du CNRS.

DI GIOVINE Alfonso (2004). “Le tecniche del costituzionalismo del ‘900 per limitare la tirannide della maggioranza”. In BRAVO Gian Mario, *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento, (Atti della X Giornata Luigi Firpo, Torino, 29-30 maggio 2003)*. Firenze: Olschki, p. 309-333.

EASTERBROOK Frank H. (1996). “Cyberspace and the Law of the Horse”. *University of Chicago Legal Forum*, p. 207-216.

FROSINI Vittorio (2000). “L’orizzonte giuridico dell’Internet”. *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 2, p. 271-280.

FROSINI, Tommaso E. (2011). *La lotta per i diritti, Le ragioni del costituzionalismo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

LESSIG Lawrence (1999). “The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach”. *Harvard Law Review*, n. 113, p. 501-546.

MATTEUCCI Nicola (1997). *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*. Bologna: Il Mulino.

MC ILWAIN Charles H. (1956). *Costituzionalismo antico e moderno*. Venezia: Neri Pozza Editore.

NEUMANN Franz (1973). *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*. Bologna: Il Mulino.

POWER Andrew, TOBIN Oisín (2011). “Soft Law for the Internet, Lessons from International Law”. *Scripted, Journal of Law, Technology & Society*, n. 1, p. 31-45.

RACIOPPI Francesco, BRUNELLI Ignazio (1909). *Commento allo Statuto del Regno*, 3 Vol. Torino: Utet.

RIDOLA Paolo (2014). “Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo”. In CARROZZA Paolo, DI GIOVINE Alfonso, FERRARI Giuseppe F., *Diritto costituzionale comparato*, Tomo II. Bari: Editori Laterza, p. 737-774.

RODOTÀ Stefano (2006). “Una Costituzione per Internet”. *Politeia*, n. 82, p. 177-182.

SCHMITT Carl (1926). *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Berlin: Duncker & Humblot.

SCHMITT Carl (1932). *Legalität und Legitimität*. Berlin: Duncker & Humblot.

VALVO Anna L. (2014). “Diritto di accesso e neutralità di Internet nel diritto internazionale”. *Percorsi costituzionali*, n. 1, p. 97-114.

VALVO Anna L. (2015). “Il diritto all’oblio nell’era dell’informazione digitale”. *Studi sull’integrazione europea*, n. 2, p. 347-358.

LA RAPPRESENTANZA IBRIDA.
MECCANISMI DI PARTECIPAZIONE DEGLI STRANIERI
NEI PARTITI POLITICI ITALIANI
E IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

*Claudio Di Maio**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Stranieri e partiti politici: dall'associazione alla partecipazione. – 3. La rappresentanza politica dello straniero in Europa: spunti per un'analisi comparata. – 4. Considerazioni conclusive. – Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

Il dibattito giuridico e, ancor di più, quello costituzionale si è già interessato a lungo dell'annosa questione relativa alla partecipazione politica dello straniero. In verità, la semplice menzione del termine “straniero”, oggi appare quanto mai superata e non più direttamente identificabile, sia in alcuni Testi costituzionali vigenti, che nella normativa di riferimento. Lo stesso Costituente italiano, nell'ancorare la condizione giuridica di questo soggetto al rispetto di consuetudini e trattati internazionali, così come disciplinato dall'articolo 10, comma 2 Cost., ha inconsapevolmente reso più agevole l'arricchimento di questa figura, che si è trasformata radicalmente, adattandosi nel tempo agli altrettanti vistosi mutamenti sociali. È evidente, ormai, che la condizione di non-cittadino deve tenere conto anche degli stranieri di origine europea, notoriamente dotati di diritti accessori e di una peculiare forma di partecipazione politica: in tal senso, si consideri come la stessa cittadinanza europea, che poggia la sua esistenza sulle leggi nazionali a riguardo, risente ancora di quella “integrazione differenziata” (CONDINANZI, 2015: 2) che pervade anche questo istituto. Rispetto alla natura del soggetto, si pensi, altresì, all'attuale conformazione della popolazione dello Stato, variegata al suo interno poiché divisa in numerose sfaccettature e differenti situazioni giuridiche (es. lavoratori trans-frontalieri, studenti e soggiornanti di lungo periodo, rifugiati, richiedenti asilo, minori stranieri non accompagnati, etc.).

Come autorevole dottrina ha avuto modo di argomentare, siamo in presenza di una ragionevole convergenza tra cittadini e non cittadini, rappresentabili nel riconoscimento di taluni diritti come se formassero “due anelli reci-

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico europeo e comparato. Università della Calabria.

procamente intrecciati, dandosi un'area esclusivamente propria di ciascuno di essi ed una intermedia comune. Esattamente come negli anelli veri, poi, il legame che li unisce è mobile, potendosi elasticamente spostare in modo tale da far espandere ovvero restringere l'area comune" (RUGGERI, 2015: 133). Resta, quindi, da identificare che cosa si intende per partecipazione politica. I diritti (politici, appunto) ad essa connessi non sono direttamente imputabili agli stranieri, almeno non a tutti. Tuttavia, essi sono strettamente legati all'evoluzione storico-giuridica del sistema democratico-rappresentativo, che ne segna, di volta in volta, l'evoluzione. Il non-cittadino, presente stabilmente nel territorio è sempre più coinvolto, a vario titolo, in quelli che consideriamo come "strumenti" che favoriscono l'inserimento del soggetto all'interno di una determinata comunità. Nella sfera che contempla la cosiddetta cittadinanza quale "rapporto giuridico fondamentale che lega l'individuo [...] sia all'ordine politico, sia all'ordine sociale" (AZZARITI, 2011: 1), è legittimo domandarsi se la partecipazione, intesa nella sua accezione più ampia, possa essere accordata a tutti i non-cittadini, anche se a molti di essi non è consentita l'espressione diretta del suffragio. Non vi è, quindi, miglior punto di partenza che studiare il cd. "Stato costituzionale" (ZAGREBELSKY, 2009: 118) che vede nella Carta fondamentale non solo un testo giuridico, bensì "la condizione di sviluppo culturale di un popolo", che serve "da specchio del suo patrimonio culturale e da fondamento delle sue speranze" (HABERLE, 2001: 33).

2. *Stranieri e partiti politici: dall'associazione alla partecipazione*

Con le dovute eccezioni, già richiamate, lo spazio che l'ordinamento costituzionale italiano offre al soggetto straniero rispetto ai meccanismi di partecipazione si concretizza, quasi nella totalità dei casi, in forme sufficientemente semplici e a carattere consultivo. Quanto previsto dal legislatore nazionale, è desumibile da quel dichiarativo riferimento a una omnicomprensiva "partecipazione alla vita pubblica locale" contenuta nell'art. 2.4 del Testo Unico sull'Immigrazione.

Tuttavia, se da un lato l'esercizio del suffragio attivo e passivo viene accordato sulla base dell'art. 48 Cost. e delle leggi attuative delle direttive europee, dall'altro lato l'adesione (o, in *extrema ratio*, la fondazione) di associazioni partitiche, si profilerebbe come la forma di integrazione politica per eccellenza. Non a caso, parte della dottrina ha avuto già modo di accostare tale tipologia di partecipazione al diritto di associazione, definendolo in sintesi "una libertà positiva "politica"" (BARILE, 1984: 13). È opportuno premettere che, ancora oggi, la comunità scientifica non si è attestata su posizioni univo-

che: una parte è concorde nell'escludere la possibilità per lo straniero di poter partecipare a questa forma peculiare di associazionismo, che sarebbe proprio dello status di cittadino, in virtù del "nesso funzionale che lega i partiti alla determinazione della politica nazionale" (RIDOLA, 1989: 63). Un'altra parte si è spesa, invece, nell'affermare che l'adesione ad un partito è da considerarsi una libertà di fatto, non potendosi qualificare, almeno in via preliminare, come illecita tale condotta: questa visione proviene da quel tentativo di rivisitazione della cittadinanza, per cui si ipotizza come estendibile allo straniero tutto il novero delle situazioni giuridiche che la Costituzione attribuisce a "tutti" (BISCOTTINI, 1960: 145). Quest'ultima interpretazione, ritenuta a lungo come minoritaria, sembrerebbe comprendere nel diritto individuale al riunirsi in una associazione anche i partiti politici, qualunque sia la posizione giuridica (costituzionale o legislativa) configurabile.

In ogni caso, appare chiaro che entrambe gli approcci partono col considerare (in maniera più o meno aperta) quanto stabilito dall'art. 49 Cost. e dalla relativa disciplina costituzionale di quei "soggetti politico-comunitari (i partiti politici) che, da più di un secolo, ormai, si sono fatti carico di dinamizzare il funzionamento delle [...] multiformi manifestazioni della democrazia partecipativa accolte nello Stato contemporaneo" (GAMBINO, 2007: 2). Tuttavia, se da un lato appare ormai come consolidato "il ruolo dei partiti, quali strumenti fondamentali per il funzionamento della democrazia, [...] dall'altro lato però le norme dettate per regolare l'organizzazione dei pubblici poteri sembrano non tenere conto dei partiti ed appaiono scritte come se questi non esistessero" (MOR, 1993: 511).

Allo stesso modo, una mancata regolamentazione del fenomeno partitico lascia a queste entità una totale libertà statutaria, tanto nei meccanismi di adesione, quanto nelle tecniche di gestione e direzione interna. Del resto, la Costituzione, la legge o il giudice entrano in gioco solo per quanto riguarda l'apparato formale di potere e raramente per ciò che concerne i meccanismi o i luoghi in cui si forma la partecipazione politica. Per questo motivo, è bene prestare attenzione ad un aspetto, a nostro avviso, rilevante: l'assenza di una precisa regolamentazione eleva lo statuto interno della associazione politica al grado di disciplina base, con la logica del *nemine discrepante*, per disciplinare tutte le tipologie di rapporti interni ed esterni tra gli iscritti.

Lo straniero regolarmente soggiornante che, a vario titolo, prende parte alle diverse fasi civiche e pubbliche di un partito, agisce *de facto*, come componente attivo della "formazione politica" (es. partecipazione alle primarie, consultazioni pubbliche, raccolta firme). Così, se da un lato la regola statutaria può legittimamente richiedere il possesso di determinati requisiti attestanti, *in primis*, la appartenenza *pleno jure* allo Stato, dall'altro lato può ideare forme

di partecipazione occasionali aperte anche allo straniero, previa dichiarazione circa la condivisione dei valori sottesi al medesimo statuto del partito. Eppur vero, che “si tratta di un legame tendenzialmente occasionale o comunque intermittente, e che si alimenta anche dell’anomalia di elezioni primarie non regolate per legge, di cui si sono anche manifestate in modo eclatante alcune conseguenze specifiche” (PLUTINO, 2012: 17) ma resterebbe comunque ipotizzabile un’autonomia da parte del Partito nell’identificare forme di inclusione/iscrizione per questa categoria di soggetti.

Tuttavia, se volessimo leggere questo fenomeno alla luce della Carta costituzionale, è necessario porre la questione sotto la lente d’ingrandimento degli artt. 18 e 49 Cost., ma anche artt. 1, 2, 3, 10, 48 Cost. Nell’impossibilità di includere altri importanti questioni, è bene almeno rilevare la più palese asimmetria tra la mancata concessione dei diritti di suffragio e la possibilità di adesione e condivisione, seppur ipotetica, di valori politici da parte degli stranieri. Per altri versi, la dottrina più seguita ritiene che la questione più complessa risieda proprio nell’attribuzione dell’elettorato passivo allo straniero, poiché la sua condizione, seppur residente nella comunità, lo rende “per antonomasia estraneo” (D’ORAZIO, 1992: 268). Tuttavia, a nostro modesto avviso, le suggestive convinzioni di una protezione dell’ordinamento da possibili interferenze esterne, sono ormai da soppesare tenendo conto di precisi meccanismi che, anche per mano degli stessi Partiti, tendono verso una più agile inclusione. Del resto, in mancanza di strumenti sanzionatori, quest’ultima azione è consentita proprio grazie alle regole statutarie.

Il nostro ruolo, in ogni caso, è quello di sondare i limiti della disciplina derivante dagli articoli 18 e 49 della Costituzione, laddove il primo è da intendersi come diritto generico ad associarsi e l’altro si può considerare come enunciato più qualificato, poiché si riferisce all’associazione-Partito politico. In altre parole, se è vero che il diritto di riunione e associazione può intendersi esteso anche ai non-cittadini (ex art. 2 e 3 Cost.), è necessario comprendere se quanto disciplinato dall’art. 49 Cost. può qualificarsi come un diritto-libertà individuale o, più dettagliatamente, un diritto politico. È evidente che il problema relativo alla titolarità è apparso di facile superamento per l’art. 18 Cost., anche in virtù delle convenzioni internazionali sul tema, ma resta di difficile definizione per l’art. 49 Cost., circa il ruolo dello straniero e la determinazione della politica nazionale. Qualora l’art. 49 Cost. dovesse intendersi come diritto-libertà, allora anche lo straniero avrebbe delle ricadute positive rispetto alla sua situazione giuridica. Al contrario, se l’associazione-Partito dovesse configurarsi come diritto politico, ricadremmo in quella differenziazione che taluna dottrina ha considerato tra l’associazione semplice e quella partitica: a quest’ultima si riconosce una certa specialità, tale da rappresentare “un osta-

colo alla mobilità dei rapporti tra associazioni” (RIDOLA, 1987: 66).

Senza dubbio, i due articoli della Costituzione (art. 18 e 49) partono da una medesima premessa normativa, ma si abbatte su di essi un destino differente. Rispetto al soggetto della nostra analisi, non possiamo che rilevare determinate “fughe in avanti del diritto dei partiti” (PLUTINO, 2012: 18) nella regolamentazione, ad esempio, che riguarda gli iscritti: come argomentato da autorevole dottrina, “il diritto di iscrizione ai partiti per gli stranieri [...] non sarebbe garantito a livello giuridico, ma nulla impedirebbe nei fatti (stante anche la natura di diritto privato delle formazioni partitiche) che all'attività dei partiti possano partecipare anche i non cittadini” (ROSSI, 2007: 27). Il nodo cruciale, a nostro avviso, risiede sempre nella garanzia per l'individuo di esprimere la propria volontà, quale atto primario di una concreta partecipazione. Tutto ciò ci porta, quindi, a cercare riparo nella Carta costituzionale, “con gli occhi volti ai diritti umani universali e ad una democrazia quanto più rispondente alla sua essenza, in un orizzonte *magis ut valeat*” (ALGOSTINO, 2010: 451) e sostenere l'ormai matura convinzione di una complessiva estensione dei diritti politici ai non-cittadini.

3. *La rappresentanza politica dello straniero in Europa: spunti per un'analisi comparata*

Lo straniero che risiede stabilmente in un territorio è naturalmente portato a intessere differenti tipologie di rapporti, al fine di concretizzare la propria integrazione locale. Per tale motivo, da anni si discute, senza troppi traguardi, su come sia possibile dare maggior rappresentanza ai non-cittadini che intendono partecipare alla vita politica della comunità di accoglienza. È abbastanza evidente che la piena adesione a tale comunità necessita di un riconoscimento formale e sostanziale del diritto di suffragio attivo e passivo, così come già avviene per i nazionali provenienti dagli Stati membri dell'UE, seppur limitato all'elezioni locali e del Parlamento europeo. La Legge italiana n. 91 del 1992 non ha subito sostanziali modifiche in tal senso, sebbene non siano mancate numerose proposte di riforma. Nonostante, “le attuali istanze di estensione del diritto di voto ai non cittadini, che rispondono a un (nobile) bisogno diffuso di prevedere forme di appartenenza e di proiezione politico-rappresentativa degli stranieri residenti, abbiano maturato un certo radicamento” (COLASANTE, 2016: 15), resta sullo sfondo l'eterna dicotomia tra coloro che ritengono che sia necessario intervenire attraverso una modifica costituzionale e taluni che, invece, sono propensi a supportare una estensione attraverso lo strumento legislativo. In questa sede, non cercheremo di operare nessuna funambole-

sca comparazione rispetto alle leggi nazionali europee di concessione del suffragio, poiché potremmo incorrere nel rischio di essere poco esaustivi. Tuttavia, ci sembra opportuno soffermarci su alcuni esempi che, raffrontati con quanto detto in precedenza, possono fornire alcuni spunti per una riflessione su queste tematiche. Ci concentreremo con maggiore dettaglio sui non-cittadini provenienti da Paesi Terzi e sul rapporto che lega l'espressione del consenso e la partecipazione ai partiti politici.

Il primo esempio che consideriamo utile ai fini premessi è l'Irlanda che, come è noto, è da annoverarsi come uno dei Paesi membri dell'Unione europea che ha esteso il diritto di voto attivo a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti nel proprio territorio già dal 1963 – e passivo dal 1974 – adeguandosi successivamente alla normativa europea con l'*Electoral Act del 1992*. Sebbene siano assai peculiari, sia i criteri di scelta dei rappresentanti, sia il panorama partitico, è assai interessante la classificazione che la normativa implicitamente restituisce in base ai criteri di consultazione elettorale: accanto ai *Presidential voters*, vale a dire i cittadini abilitati a votare all'elezioni nazionali, l'art. 10 della Legge elettorale prevede i cd. *Local voters*, corrispondenti a tutti gli individui in possesso della maggiore età ed *ordinarily resident* nel territorio. Questo gruppo di elettori, la cui iscrizione nei registri è automatica, si andrà a sommare agli *European voters* – in cui partecipano gli altri non-cittadini – e i *Dáil voters*, per cui è concesso un suffragio esteso in virtù dell'*Anglo-Irish Treaty*. A ciò si aggiunga che i principali partiti politici in questo Paese non pongono particolari restrizioni all'affiliazione dei non-cittadini e molti di loro, tra cui il Partito Laburista e dei Verdi prevedono specifiche misure statutarie rispetto ai soggetti di nazionalità non irlandese. Tuttavia, esistono ancora alcune barriere per l'iscrizione dello straniero a talune forme associative – le cd. "*feeder organizations*" le quali, incidendo sulla sfera dei rapporti sociali, limitano l'avvicinamento di questi soggetti alle organizzazioni politiche (DOBBS, 2009: 3).

Un altro possibile spunto per la riflessione ci è offerto da ciò che prevede la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* e l'art. 13.2 della Costituzione spagnola del 1978. Come è noto, questo ordinamento concede il diritto di voto in conformità ai trattati istitutivi dell'Unione europea e alle Convenzioni sottoscritte dal Regno di Spagna, in ottemperanza, altresì, con il principio di reciprocità. Tale scelta si è resa necessaria ma è ben supportata da un vasto catalogo di accordi bilaterali che consentono, *de facto*, agli stranieri extra-europei provenienti da questi territori di esercitare il diritto di suffragio alle elezioni locali. L'istanza di iscrizione alle liste è soggettiva ma viene rinnovata *una tantum*, se non in caso di cambio della residenza. Anche in questo caso, non sono previsti specifici requisiti per diventare membro di un Partito politi-

co. La normativa di riferimento non limita la partecipazione in alcun caso essendo garantito, tra l'altro, il diritto di associazione per gli stranieri in senso ampio, così come stabilito dall'art. 8 della *Ley Orgánica n. 4/2000*. In questo senso, sarebbe possibile prevedere alcune limitazioni (es. accesso alle cariche di gestione interna) in forza di eventuali regole statutarie. Tuttavia, siamo dinanzi ad un contesto legislativo che, anche se perfettibile, da seguito al dettato costituzionale. Gli stessi partiti politici sono investiti da queste tematiche, tanto da far diventare le sedi istituzionali "fonte produttrice di discorsi sull'immigrazione" (ZAPATA BARRERO, 2008: 35), probabilmente solo affievoliti da questioni economico-sociali contingenti.

Differente è quanto accade nell'ordinamento tedesco. Prescindendo dalla peculiarità del sistema elettorale e di governo, la normativa vigente, seppur con alcune differenze, è molto simile a quella italiana. I cittadini tedeschi sono gli unici a cui viene accordato il diritto di voto attivo e passivo in tutte le consultazioni elettorali. Va precisato che, in questo caso, ai cittadini europei si concede una possibilità più ampia per ciò che concerne le elezioni locali, potendo esprimere una preferenza sia per il Sindaco che per le consultazioni comunali e referendarie, purché risiedano nel territorio in cui si svolge l'elezione (tranne che in Baviera, Saarland e nelle città di Amburgo, Berlino e Brema). Dal punto di vista del soggetto straniero, possiamo contare con una tipologia differenziata di affiliazione ai partiti politici: da un lato, alcune formazioni accordano l'iscrizione anche agli stranieri a partire dai 14 anni di età; alcuni partiti, invece, accettano l'istanza del non-cittadino purché abbia soggiornato regolarmente almeno due anni in Germania e prevedono la decadenza dell'iscrizione qualora quest'ultimo rientri nel paese d'origine. Altri partiti, infine, prevedono una forma peculiare di *guest membership* che da diritto ad una affiliazione temporanea, conferendo la possibilità di prendere parte all'attività insieme gli altri associati, compreso il diritto a presentare petizioni e proposte.

4. *Considerazioni conclusive*

La partecipazione politica è costituita, per come si è cercato di discutere brevemente, da un insieme ampio di diritti, che vanno ben al di là del mero suffragio attivo e passivo. Tuttavia, proprio la condizione del soggetto in esame, vale a dire il non-cittadino, ci costringe a considerare come essenziale il riconoscimento di tale diritto/dovere civico, quale punto di partenza per avviare una corretta inclusione dello straniero nella società di accoglienza. Errore, si è abituati a pensare che il riconoscimento dei diritti politici possa

e debba avvenire al culmine di un processo d'integrazione. Tuttavia, al netto delle incessanti pressioni migratorie, questa posizione potrebbe risultare miope e poco efficace: l'attuale popolazione dello Stato, infatti, si compone di differenti individui, dalle svariate condizioni giuridiche, che sostano più o meno stabilmente in una porzione di territorio e ivi costruiscono i loro rapporti sociali, economici, lavorativi e politici. Su quest'ultimo aspetto, quindi, è necessario prendere coscienza del fatto che esiste una domanda (e un'offerta) di partecipazione che, inevitabilmente, riguarda anche i non-cittadini. Il dato europeo ci porta a desumere che, nella società contemporanea, lo straniero diventa cittadino del luogo che elegge come sua residenza, restando pur sempre nazionale (e, quindi, proveniente) da uno Stato estero.

È altrettanto vero che, *sic stantibus rebus*, la normativa italiana non consente ampi spazi di manovra. Eppure, negli statuti delle principali formazioni partitiche, si offre possibilità di affiliazione, di partecipazione diretta e di collaborazione attiva in piena sinergia con gli altri iscritti-cittadini. Come argomentato, l'assenza di una disciplina chiara e passibile eventualmente di sanzione, crea vuoti su cui il dato comparato e le convenzioni internazionali in materia ci invitano a riflettere. È sovente il richiamo alla partecipazione del non-cittadino nelle occasioni popolari, istituite per la scelta dei rappresentanti di Partito; è, altresì, diffusa la presenza di sezioni territoriali interne, formate (anche solo) da stranieri. Si pensi, con maggiore riguardo, al costume ormai conclamato delle consultazioni *online*, in cui il possesso della cittadinanza non è posta come discriminante, se non per l'espressione di una eventuale candidatura. Ecco perché, se da un lato riconosciamo il legittimo intento dei partiti di innescare la partecipazione, nell'assolvere quel ruolo di filtro tra il potere statale e la popolazione, dall'altro lato, riscontriamo un certo *impasse* nella garanzia del principio democratico e rappresentativo. Trattasi, appunto, di una rappresentanza ibrida, poiché non supportata dalla successiva e conseguente espressione della volontà dell'individuo, attestabile solo col suffragio. Del resto, come è stato già egregiamente sostenuto, "una domanda molto importante per determinare se la società è decente è se essa rifiuta la cittadinanza a coloro che si potrebbe ritenere le appartengano" (MARGALIT, 1998).

Riferimenti bibliografici

ALGOSTINO, Alessandra (2010). "Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto". In Gambino, D'Ignazio, *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e Diritto internazionale*. Milano: Giuffrè.

AZZARITI, Gaetano (2011). "La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone", *Diritto Pubblico*, n. 2.

- BARILE, Paolo (1984). *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Boogna: Mulino.
- BISCOTTINI, Giuseppe (1960). "Cittadinanza (diritto vigente)". In *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VII. Milano: Giuffrè.
- COLASANTE, Paolo (2016). "L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente". *Rivista AIC*, n. 2.
- CONDINANZI, Massimo (2015). "L'Unione europea tra integrazione e differenziazione". *Federalismi.it*, n. 5.
- D'ORAZIO, Giustino (1992). *Lo straniero nella Costituzione italiana Asilo, condizione giuridica, estradizione*. Padova: CEDAM.
- DOBS, Erica (2009). "Navigating Networks: Local Government, Civil Society and Political Integration in Ireland". *Working Paper - Trinity College Dublin*.
- GAMBINO, Silvio (2007). "Dal "Parteienstaat" al populismo: (prospettive e limiti della) democrazia maggioritaria fra riforme elettorali, presidenzializzazione degli esecutivi e svalutazione del Parlamento". *Forum dei Quaderni Costituzionali*.
- HABERLE, Peter (2001). *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*. Roma: Carocci.
- MARGALIT, Avishai (1998). *La società decente*. Milano: Guerrini e Associati.
- MOR, Gianfranco (1993). "La disciplina giuridica dei partiti in Italia. In Márquez Romero, López Ruiz, *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- PLUTINO, Marco (2012). "Stranieri e diritti di associazione in partiti". *Dirittifondamentali.it*, n. 1.
- RIDOLA, Paolo (1987). *Democrazia pluralistica e libertà associative*. Milano: Giuffrè.
- RIDOLA, Paolo (1989). "voce Partiti politici". In Rescigno, Ridola, *Responsabilità (diritto costituzionale), Partiti politici*. Milano: Giuffrè.
- ROSSI, Emanuele (2007). *I partiti politici*. Bari: Laterza.
- RUGGERI, Antonio (2015). "I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali". *Consulta Online*, n. 1.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2009). *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino: Einaudi.
- ZAPATA BARRERO, Ricard (2008). *El discurso político en torno a la inmigración en España y en la Unión Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo en Inmigración.

ACTORES PRIVADOS, PRINCIPIOS Y ACTIVIDADES
DE IMPACTO REGULATORIO:
LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
«MÁS ALLÁ DEL ESTADO»

*Francisco Garcia-Garrido**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Actividades de impacto regulatorio, actor privado y ciencia administrativa. – 3. Principios y valores públicos para la toma de decisiones. – 4.-Principios y procedimiento privado como «proceso deliberativo» o «decisorio». – 5. Conclusiones finales. – 6. Referencias bibliográficas.

1. *Introducción*

Los días 5, 6 y 7 de diciembre de 2016, en el Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali de la Università degli Studi di Catania, con ocasión del IIIº Congreso Internacional (italospagnolo) fueron tratados temas de especial relevancia en orden a la cuestión de la soberanía, la representación en los procesos de integración supranacional y el papel del «constitucionalismo en la era global». Cabe recordar que, si no en todas las intervenciones, en la mayoría de ellas – y a mis efectos –, la importancia de la crisis de la soberanía y los límites de ésta en la constitucionalización de la política exterior, la gobernanza global, así como, la intervención de actores de naturaleza privada sin legitimación democrática aunque con poder para influenciar y controlar sectores de riesgo, se habrían convertido en el centro vector de nuestras discusiones y reflexiones teóricas. A ello cabría añadir cómo, en todas y cada una de las comunicaciones, el fenómeno de la globalización del Derecho y la crisis del Estado habían conseguido ser los verdaderos protagonistas, por lo menos, de aquellas mesas y paneles a los que tuve la posibilidad de asistir. En consecuencia, el *papel* del Estado en la era contemporánea, de la Administración y la fenomenología de la globalización centraron – y centran –, estudios como el que aquí se presenta.

Es a razón de tal consideración que puede ser admitido cómo el paisaje global contiene luces y sombras, en tanto que, de una parte, hay quienes ven al Estado como ausente (SALAS ARQUER, 1992), desprovisto de instrumentos

* *Abogado. PhD en Studi Giuridici Comparati ed Europei en la Università degli Studi di Trento (Italia), bajo la supervisión de la Universidad de Huelva (España). Università degli studi di Trento – Universidad de Huelva.*

jurídicos con los que hacer frente a toda una miríada de actuaciones de tipo regulatorio que tienen por objeto ordenar, controlar y dirigir sectores de interés general – y global –. De otra parte, hay quienes lo ven como un verdadero caballero andante, a saber, como garante y persecutor del interés general en un paradigma en el que la privatización y la constitución de autoridades independientes ha resultado ser, en línea de principios, la clave para mantener la prestación de servicios y el ejercicio de actividades de regulación en una situación de objetividad e independencia respecto de toda injerencia política (MARCHETTI y DE LUCIA, 2015). Y en esta última categoría se encuadran, a su vez, aquellos que consideran que el Estado, habida cuenta de su nuevo papel en el «contexto global», pasa a convertirse en co-responsable – esto es, en *parte activa* –, de numerosas tareas regulatorias y prestacionales (BARNÉS, 2012 y 2014: 78) que la globalización y privatización (CHESTERMANN, 2003: 39-52) han dejado en manos de nuevos «actores sociales» o en sujetos que confluyen en un área común, en un *espacio* (CASSESE, 2006) en el que se superponen valores diversos e intereses emergentes.

Es evidente cómo la geología de problemas que se estratifican desde lo nacional hasta lo global –como son el problema de la búsqueda de mejores prácticas de producción alimentaria e industrial; las medidas de adaptación y mitigación al cambio climático; la estabilidad de los mercados financieros; la armonización de los requisitos técnicos para productos farmacéuticos de uso humano; así como, el control de la corrupción y la lucha contra el terrorismo–, incluye, además, la labor decisiva y *deliberativa* que atiende, de ordinario, a los principales gobiernos de todo el mundo y, al mismo tiempo, tanto a organizaciones internacionales como a toda una selección de actores sociales de nuevo orden llamados a «gobernar» los desafíos globales. En efecto, si la administración nacional (o europea) no conoce o sabe de métodos, formas y estrategias para gestionar en solitario las nuevas funciones y actividades que han de ser ejercidas, se harán valer actuaciones – desde lo privado – bien por medio de la «delegación de funciones» o bien, mediante la «auto-atribución» y la autorregulación. Es así, por tanto, que tales «actores sociales», denominados también «sujetos o cuerpos privados» (tales como asociaciones, organizaciones de asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, empresas y otros sujetos que actúan bajo las formas de la «autonomía de la voluntad»), llevarán a cabo una serie de actividades con carácter regulador o de *impacto regulatorio*, direccional y de control (BARNÉS, 2016b: 45).

El objetivo de este *paper* es, precisamente, el de poder avanzar en la búsqueda de concepciones más flexibles que permitan la delimitación de las funciones, actividades y elementos delimitadores y regulatorios del procedimiento privado, y el de presentar, a su vez, paradigmas nuevos que residen en la

realidad contemporánea del Derecho Administrativo. No se trata, sólo, de dar respuestas sino de analizar los actuales planteamientos de la literatura jurídica – y no jurídica. En definitiva, de su análisis se activa el interés de la doctrina por descubrir modelos regulatorios nuevos, de «administración» (organización, decisión y deliberación) que, de ordinario, no resultarían equivocados si materialmente fuera necesario optar por técnicas nuevas y otras regulaciones más originales (SANTAMARÍA PASTOR, 1988: 185-277) o, simplemente, más efectivas para la protección de los intereses generales y globales.

En nuestro caso, desde la perspectiva administrativa, es posible analizar el fenómeno de la aparición del actor privado a través del estudio de la actividad administrativa que ejercen: por un lado, estudiando esta nueva forma de *administrar, regular, decidir y deliberar*; por otro, poniendo en cuestión si en la actividad ejercida encuentran reflejo alguno los principios basilares del procedimiento administrativo de la cultura de nuestro tiempo.

2. *Actividades de impacto regulatorio, actor privado y ciencia administrativa*

La tendencia de la Administración a sujetarse al Derecho privado no es una novedad, del mismo modo que la interconexión entre lo público y lo privado (TRUTE, 1996: 167) tampoco lo es. Ambas se han convertido en una característica esencial de nuestro tiempo, de manera que la existencia de un régimen de Derecho Administrativo que rijan las relaciones entre administraciones no es un obstáculo para que éstas no puedan o «deban» someterse al derecho de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad (PARADA, R., 2008: 36). De hecho, ya desde principios del siglo XX en Francia, Italia o España, la Administración encuentra en el Derecho privado un «método o sistema» más eficaz para gestionar las «funciones» o servicios públicos que les son propios (PARADA, 1995: 30), convirtiéndose éste en uno de los principales caracteres que ha contribuido a la apertura de las fronteras del Derecho Administrativo, aunque, según algunos autores, también a su huida o abandono (SALAS ARQUER, 1992).

Es evidente, pues, cómo este fenómeno asociativo y de interconexión público-privada se ha visto reforzado aún más con la liberalización de la economía, la privatización de ciertos servicios de interés general (tales como los servicios hídricos, la energía y las telecomunicaciones) (FREEMAN, 2002) y el ejercicio de actividades regulatorias (protección ambiental, inocuidad alimentaria, conservación del patrimonio mundial, etc), que han quedado en manos de entes de diversa naturaleza, y que operan en lugar o en paralelo a las administraciones públicas o a entes de naturaleza pública (autoridades administrativas independientes).

En estos últimos casos, la administración se viste de sociedad anónima o ente público aunque en ellas existe siempre un núcleo duro y constante de carácter público (GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ, 1993: 49). Para que éstas puedan constituirse como sociedades anónimas, o para que la administración actúe por medio de las técnicas del Derecho privado, será necesario que haya un elemento o una base de carácter público que las constituya. Se trata pues de entes u órganos (o sujetos auxiliares) que han adoptado una forma pública de personificación (concesionarios, contratistas de la administración, las corporaciones de Derecho público o las entidades colaboradoras de la Administración) a los cuales se les aplican las reglas *iuspublicistas*, entre otras razones, por la «función pública» que ejercen (DE LEONARDIS, 2000: 26).

No obstante, el panorama se complica aún más, especialmente, cuando es un organismo privado o un actor de naturaleza puramente privada quien se ocupa – sin ejercicio de autoridad o potestad alguna – del ejercicio de tales funciones. No se trata de un ente sometido al Derecho Administrativo (como en los casos antes expuestos, *vid.*, supra) (SAINZ MORENO, 1983) sino, exactamente, de un actor que desempeña – en régimen de autorregulación –, determinadas actividades destinadas a la protección de intereses generales y bienes colectivos.

Llegados a este punto, conviene aclarar – por una parte – que la denominación que deba tomar (ya sea sujeto privado, actor, cuerpo u organización) y, por otra, la personalidad jurídica que ha de detentar (bien se trate de una asociación, una fundación, una organización no gubernamental o, sencillamente, una empresa), es un «problema» – por así decirlo –, más bien secundario (MUÑOZ MACHADO, 2006). Aquello que verdaderamente interesa – o ha de interesar a la ciencia jurídica –, es la manera en que se muestran ante el Derecho Administrativo y la forma impasible en que éste les observa cuando ejercen una actividad de impacto regulatorio o cuando prestan un servicio de interés general –o global.

Como es evidente, la intervención de estos nuevos actores en el ejercicio de actividades regulatorias (o mejor, de dirección, de control o con vocación regulatoria y direccional), por un lado, ha generado un impacto relevante en la formulación de políticas y estándares – a cualquier nivel ya sea nacional, internacional o global –; por otro, – y quizás la causa de mayor peso – porque la rotura entre personalidad jurídica y régimen jurídico es la sospecha que atiende a la transformación del Derecho Administrativo (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1999: 199-213).

Y es que la intervención del privado en la actividad regulatoria (en sentido amplio) da lugar a una nueva categoría jurídico-pública que no ha de pasarse

por alto (CUETO PÉREZ, 2008), en especial, cuando sin potestad alguna, es el privado quien regula, decide y, en ciertos casos, el Estado es quien adopta y aplica la norma. El sujeto privado ejerce, ahora, plena soberanía y goza de «representatividad» – aunque no posee legitimación, como veremos – en un espacio siempre mayor, del cual son parte culturas y «sociedades», entendida ésta última como representante de intereses colectivos o difusos.

Soberanía, territorio y «representatividad» se convierten, por ende, en tres elementos constitutivos de la identidad nacional, aunque perforados y maltratados – en cambio – por la rapidez de su formación y el olvido incesante de la cultura jurídica de cada Estado ante los nuevos paradigmas privatistas y de regulación compartida a cualquier nivel, nacional y supranacional. En este sentido, no puede obviarse la significación constante de la intervención privada, emplazada a un nivel superior o «espacio jurídico global» (CASSESE, 2006), *universo* en el que confluyen los intereses generales de estados y organizaciones internacionales junto a los intereses concurrentes de las emergentes organizaciones regulatorias globales. La promoción del medioambiente y el impulso de iniciativas dirigidas a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (KINGSBURY y STEWART, 2016: 390) son algunas de las actualísimas políticas que los Estados «han dejado» en manos del privado (GARCIA-GARRIDO, 2016: 116), a fin de recibir soluciones más prácticas o funcionales¹. Protocolos incumplidos, convenios y otros instrumentos de Derecho Internacional que forman parte de un horizonte cada vez más lejano, que se disgrega de la responsabilidad obtusa que corresponde a la comunidad global. En definitiva, la existencia o mengua de regulaciones poco leales a los intereses de la comunidad internacional, seguido de los intereses de las grandes empresas y de los *lobbies*, han ido encontrado progresivamente – desde finales del siglo XX –, una alternativa más eficaz (y, en ocasiones, más favorable) en la gobernanza privada (HYDEN, 1992).

Tampoco es menos cierto que los efectos de la globalización han ido configurando, efectivamente, un modelo de colaboración necesaria o de acción colectiva (STIGLITZ, 2006: 187) entre Estados y entre organismos de carácter público y privado por medio de la proposición de nuevos métodos (en este caso, contra el cambio climático) promoviendo así la resolución de problemas comunes de manera conjunta. El vínculo Estado – actor privado ha posibilitado la distribución de nuevas coordenadas en cuyo nexo la sociedad cumple, también, una función prioritaria. Ello pone de manifiesto, por tanto, cómo la insurgencia de los desafíos actuales requiere de la puesta en común de nuevos

¹ *Vid.*, para mayor abundamiento el “*Nairobi Work Program*”.

instrumentos por parte de pueblos, países y, en particular, de nuevas formas de colaboración y de dirección derivadas de modelos nuevos, actores u organismos privados (GALGANO, 2005: 199).

En general, la tarea del privado, como poco, no se localiza en un cuerpo unitario de actividades, bien definidas o concretas, sino que, más bien, se abre a todo un abanico de actuaciones, entre ellas aquellas aquí consideradas como «actividades de impacto regulatorio», destinadas a influenciar, dirigir o controlar un sector.

Así pues, por un lado, podría entenderse por tal aquellas actuaciones de tipo regulatorio que tienen por objeto la estandarización, certificación o elaboración de normas técnicas, cuyo fin se concierne en la manera en que deba desenvolverse una determinada práctica agrícola o ganadera a fin de controlar la seguridad e inocuidad de los alimentos (es el caso del Protocolo de Buenas Prácticas *GLOBALG.A.P.*); como deba ser suministrado un servicio sanitario, de educación u otros de carácter social; así como ocuparse de la tutela de los derechos humanos y la libre circulación de personas (KINGSBURY y STEWART, 2016: 271). El elenco de actividades es amplísimo. Por otro lado, podrían indicarse aquellas otras actividades de impacto regulatorio o direccional que se insertan dentro de las denominadas «actuaciones materiales o informales» – propias, además, de la cultura administrativa doméstica – (STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 1995: 573-590). Estas últimas se centran en la elaboración de informes, o tienen como fin, por ejemplo, el análisis y la puesta en circulación de evaluaciones comparativas o de impacto ambiental. Es el caso, pues, de los *reports* publicados por el *Grupo Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC)*, por sus siglas en inglés) o del *índice de percepción de la corrupción* (corporativa) que publica anualmente la organización *Transparencia Internacional (Transparency International)*, por sus siglas en inglés). La mayor parte de estos informes, índices o baremos, sin valor vinculante alguno pero con una fuerte capacidad direccional y regulatoria, son tenidos en cuenta, en muchos casos, por estados y organizaciones internacionales – incluso por el sector privado en relación con las prácticas ambientales – como indicadores claves o como «barómetros» con los que medir la buena gobernanza global (SWEENEY, 2011).

Llegados a este punto parece ser que la particularidad de estos sujetos u organizaciones privadas de carácter global – como ya ha sido expuesto (*vid.*, supra) – está, además, en diversas cuestiones que han de ser analizadas con la lente del jurista más que con la del sociólogo. Se desprende así, del análisis hasta ahora realizado que, de una parte, estos actores privados cooperan a diversos niveles para la persecución de un «objetivo» que es «común» al «interés general»; de otra, – tal y como sigue (*vid.*, infra) – que, algunos de ellos,

organizados en función de la actividad que cumplen, de las decisiones que toman y del papel relevante que asumen en la «arena global», en ciertos casos – y según se desprende de sus códigos de conducta –, tratan de «actuar con el mayor respeto posible al principio de apertura»², participación, transparencia y motivación.

3. Principios y valores públicos para la toma de decisiones

Ha sido con la intervención del actor privado en la actividad regulatoria que, hoy, nos encontramos ante un panorama en el que todo aquello que afecta al interés general no sólo está en manos de las administraciones (GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2004: 87), sino que se externaliza o, simplemente, surge como una actividad propia del privado. Dicho esto, podemos entender que la actividad desarrollada por estos sujetos deberá comportar una consecuente corresponsabilidad en la esfera económica, jurídica o social (BARNÉS, 2015: 281-312), bien sea en el plano nacional como supranacional.

No obstante, el estado primitivo y de gestación en que se encuentra esta nueva realidad pone en juego una serie de cuestiones que conciernen a la realidad actual de los Estados y, por lo tanto, a la propia ciencia del Derecho Administrativo (SCHMIDT-ASSMANN, 2003). A este punto, parece evidente que la actividad desempeñada por el actor privado deba someterse a un conjunto de «principios» o «conceptos universales y comunes» (BARNÉS, 2015: 281-312), porque cabe esperar de ellos una dación de garantías, que habrán de estar presentes durante el ejercicio de cualquier *función*, o mejor actividad, de regulación del interés general y, en nuestro caso, global (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2004: 37).

A priori, cabría decir que estos nuevos modelos regulatorios se han valido de estructuras, procedimientos y principios relativamente heterogéneos, los cuales han servido de instrumentos o puentes para conectar a las administraciones nacionales con la propia sociedad. Y ello es así, parcialmente, porque han ido asumiendo –en un cierto sentido–, una importante carga de responsa-

² *Vid.* la importante referencia que se hace sobre tales principios en el art. 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, por sus siglas en español) en el que se establece que “[a] fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura”. Disponible en línea [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>].

bilidad pública que les ha llevado, indirectamente, a configurar sistemas menos opacos, más abiertos y transparentes, donde la participación – como *fenómeno* más propio – ha ido adoctrinando el ejercicio de todas y cada una de estas actuaciones de impacto regulatorio. Pero ¿qué principios han de considerarse o fundamentar la base de esta arquitectura de modelos y sistemas de regulación privada? ¿qué elementos y valores han de servir a las organizaciones privadas a la hora de tomar decisiones y deliberar sobre la aprobación de una determinada práctica, estándar o, simplemente, votar de manera participada y equitativa la publicación de un estudio o un informe técnico?

Algunos de estos modelos alternativos de regulación privada, como es el caso del *Consejo de Administración Forestal (FSC)*, por sus siglas en inglés se someten (ampliamente) al cumplimiento de principios de procedimiento, de tal manera que, “durante la elaboración y el desarrollo de una norma técnica [estándar] la organización se ve apremiada a fomentar la participación, en especial, de aquellas organizaciones que ya hubieran desarrollado estándares similares”³; y, al mismo tiempo, coincide expresamente en la necesidad de “hacer partícipes a todas las partes interesadas”⁴. El código y estatuto de la organización indican, además, que “los procedimientos habrán de ser públicos y transparentes”, esto es, que “la documentación relativa a los procedimientos de estándares, los borradores de las normas, y los programas de trabajo han de ser públicos a fin de que todos aquellos sujetos interesados [concretamente, aquellos legitimados], bien sean personas físicas o jurídicas, gocen del suficiente tiempo y oportunidad para participar”⁵.

En otras realidades regulatorias, la falta de mecanismos de responsabilidad y de rendición de cuentas (o «*accountability*») es el precedente que reafirma la insurgencia delimitadora de nuevas estrategias *para-normativas* de dirección, control y deliberación o decisión, especialmente, cuando se trata de *preceptuar* o influenciar sectores de riesgo.

En este sentido, el «rigor científico» se ha convertido, también, en otro de los principios más comunes en el ejercicio de actuaciones de tipo regulatorio, así como en aquellas de carácter material o informal. El *Consejo Internacional para la Armonización de los requisitos técnicos para productos farmacéuticos de uso humano (ICH)*, por sus siglas en inglés, una asociación global, cuya función principal es la interpretación y aplicación de las directrices y requisitos para el registro de productos farmacéuticos, ha venido fijando –en sus diversas

³ Véanse las cláusulas fijadas en el *Iseal Code of Good Practice* de la organización *Iseal Alliance* por la que la organización *FSC* se regula.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

versiones aprobadas de manuales de procedimiento— que en la toma de decisiones han de «participar» las principales autoridades reguladoras de medicamentos de Europa, Japón, EEUU y la industria farmacéutica, junto a científicos y portadores de expertise, a fin de velar por el rigor científico y «potenciar el consenso y el debate reglamentario»⁶.

En esencia, las nuevas vertientes regulatorias globales muestran ese intento obligado a la reconducción de su actividad a procedimientos abiertos y transparentes que permitan a aquellos interesados en la organización y en sus actividades, atribuir una adecuada información, exponer sus decisiones políticas al exterior o abordar la toma de decisiones mediante debate o discusión pública. De hecho, los códigos de conducta y de procedimiento de algunas de ellas, como vemos, incluyen la transparencia, la publicidad y, en definitiva, la «buena gobernanza», como principios centrales y regulatorios de toda actuación administrativa privada (GARCIA-GARRIDO, 2017b).

Así, la organización encargada de la elaboración de las mejores prácticas agrícolas que se concretan en normas técnicas y estándares, *GLOBALG.A.P.*, tanto en su reciente política de consultación pública (denominada *Public Consultation*) como en los códigos de conducta de los diversos comités técnicos (los términos de referencia o *Terms of Reference, ToR* – por sus siglas en inglés) permite que ciertas categorías de interesados aporten comentarios y recomendaciones al borrador de una norma técnica o un reglamento en proceso de aprobación por parte de la organización⁷.

Ese «transvase de valores públicos» hacia estos agentes privados (BARNÉS, 2015: 281 y ss.) ha adoptado un aspecto y configuración particularmente heterogéneos. De funcionar como valores reguladores del proceso decisorio a convertirse y ser (o pretender ser), incluso, la base de toda legitimación democrática y procedimental ante la prominente ausencia.

Es, por tanto, en el escenario global donde esta pluralidad de actores actúa, es decir, en el «espacio jurídico global», donde aún no se han divisado las garantías procedimentales propias del Derecho Administrativo. En este sentido, será necesario que todas y cada una de las actuaciones relacionadas con el

⁶ Véanse los procesos formales del *Consejo Internacional para la Armonización de los requisitos técnicos para productos farmacéuticos de uso humano (ICH)*, por sus siglas en inglés), y a los que aquí me remito.

⁷ Tan sólo para ciertas categorías de interesados porque, a diferencia de cuanto ocurre en otras realidades regulatorias, en *GLOBALG.A.P.*, por ejemplo, sólo participan minoristas y proveedores que se ocupan de la materia. En *FSC*, por ejemplo, sucede que en el procedimiento pueden participar tres categorías de interesados, esto es, de la parte ambiental, la social y la económica. Disponible en el centro de documentación en línea en [<https://ic.fsc.org/en/document-center>].

desempeño de una actividad regulatoria privada o de impacto regulatorio, cuyo denominador común sea el interés general o global, en manos del privado dejen de ser ignoradas por el Derecho Administrativo, a pesar de que ésta aspira a convertirse en una pretensión demasiado ambiciosa y llegare a comportar una verdadera ectopia en buena parte de la doctrina.

Es, en definitiva, a nivel supranacional que nos enfrentamos con el mismo problema que acontece en la gran parte de los ordenamientos jurídicos europeos. Por así decirlo, la falta de inspiración en el legislador europeo a la hora de contemplar el sometimiento de estos nuevos agentes reguladores, y por lo tanto, como sujetos obligados a obedecer los principios de Derecho público (GARCIA-GARRIDO, 2016: 120). La necesidad de un programa de regulación apósito que previera el establecimiento de un conjunto de normas y principios generalmente aceptados –capaces de vincular a estos nuevos sujetos privados–, no debería faltar en un eventual proyecto de código sobre el procedimiento administrativo en Europa (GARCIA-GARRIDO, 2016: 121).

Por último, podría decirse que la dificultad de encontrar una hipotética conexión entre estos dos mundos (público-privado), resulta evidente. Sin embargo, el sujeto privado ya ha «admitido» voluntariamente (por medio de las técnicas de la autorregulación) una cierta expansión de los principios generalmente aceptados durante el procedimiento, como proceso decisorio o deliberativo. Será entonces necesario, versar cuidadosamente – esto es, sin traicionar la autonomía de la voluntad –, valores y principios especialmente de interés para aquél, que sean propios del Derecho público y que aseguren la objetividad y neutralidad en la actuación privada, la transparencia y la participación de los interesados en la formación del consenso y en la toma de decisiones (SANTAMARÍA PASTOR, 2004).

4. Principios y procedimiento privado como «proceso deliberativo» o «decisorio»

La centralidad de la toma de decisiones y de los espacios de participación *ad hoc* en los que se acomunan fuerzas, poderes e intereses públicos y privados admite una mínima, aunque no menos oportuna y reveladora, alusión al procedimiento privado como proceso político, deliberativo o decisorio (BARNÉS, 2016a).

El «procedimiento privado», en sentido genérico, especialmente para el actor privado presenta, entonces, su dimensión más polidrica. A saber, el «procedimiento privado» puede ser visto como un vehículo a través del cual una organización privada podrá tomar decisiones sin más limitaciones que las establecidas en su propio código o estatuto; puede ser comprendido como el momento en el que se atiende al consenso, a la participación y se «produce

una ponderación de los intereses tanto públicos como privados» (TORCHIA, 2017), aunque también como el espacio en el que coinciden los intereses globales, de estados, de consumidores, de la industria o de otros actores interesados.

Resulta complejo delimitar, a priori, y ante la inexistencia de «teoría general sobre «procedimiento privado» (BARNÉS, 2006: 313-314), qué pasos, fijados por las organizaciones privadas, hemos de atender para construir un reflexivo estudio sobre toma de decisiones y alcance de acuerdos, recomendaciones que acaban, simplemente, en puras actuaciones voluntarias, de carácter no vinculante, a pesar de su inequívoca capacidad regulatoria y direccional⁸. Discutible es, también, si esa «teoría de procedimiento privado» nos permitirá otear más espacios (universales o supranacionales) y ordenamientos jurídicos donde se apueste por nuevas categorías de procedimientos, en su caso, privados, y mediante los que se retraten formas nuevas de «procedimentalización» y de interpretación de valores y principios públicos o de la cultura administrativa.

No obstante, hemos de reconocer – tal y como ya descrito (*vid.*, supra) – que la expansión de tales valores o principios al procedimiento privado se confirma en la práctica. Sin embargo, no lo hace a cualquier precio ni de cualquier modo, sino a sabiendas de que ello va a mantener su prestigio y liderazgo, y que va a garantizar su capacidad como organismo regulador en el «espacio global». De esta forma podrá eludir en otros la responsabilidad derivada del fracaso de haber adoptado e implementado una decisión equivocada (NUTT y BACKOFF, 1992: 137). El proceso deliberativo es, también, un instrumento de entendimiento, de negociación y de persuasión donde ganan los mejores estrategias.

Ahora, los principios de procedimiento funcionan también como puentes o estrategias para permitir a estos actores privados alcanzar sus objetivos marcados de forma más acompañada, aunque sin sacrificar su autonomía. La participación, por tanto, funciona como una «fórmula exclusiva» que le permitirá, por un lado, asegurar el apoyo de actores sociales claves; y por otro, elevar la fuerza vinculante y la efectividad de las políticas o reglas adoptadas (GARCIA-GARRIDO, 2016: 123). El sentido de los principios de transparencia y participación se vuelven, por ende, un factor clave para el proceso decisorio.

⁸ *Vid.* todas las referencias dadas en el presente trabajo a la teoría de Barnés sobre «procedimiento privado», principalmente al estudio de la evolución de las diversas generaciones de procedimiento por la ciencia del Derecho Administrativo. De ahí surgen las consideraciones de partida, dadas aquí, sobre actores privados, actividad regulatoria y procedimiento, y que sirven de premisa prescriptiva para un mayor abundamiento.

Esta visión del procedimiento, como proceso, nos permite, además, desnaturalizar a la institución del procedimiento de su versión más tradicional y clásica, entendido como un «conjunto de actuaciones encadenadas a través de las cuales se materializa la actividad administrativa y, que tienen como fin la adopción de una decisión» (GIANNINI, 1981). El procedimiento, en este caso, en cambio, y desde su versión más privatista, se delinea como aquel proceso que no necesariamente concluye con una decisión⁹. No olvidemos las funciones de los actores citados previamente, encargados de la elaboración, examen, aceptación, adopción y aprobación de informes, análisis o estudios, destinados a la configuración de normas o reglas o, simplemente, dirigidos a aportar su influencia más direccional o regulatoria a un sector concreto.

Si ponemos como caso a la *Organización Internacional de Monumentos y Sitios* (ICOMOS, por sus siglas en inglés) – encargada de proponer aquellos bienes que han de recibir la consideración de patrimonio cultural de la humanidad –, cuando ha de elaborar un informe que alerta a una determinada autoridad administrativa a promover la conservación de su patrimonio cultural ante una amenaza de derrumbe, es evidente que, la forma en que esta organización actúe se verá reflejada y sustanciada en el procedimiento (GARCIA-GARRIDO, 2016), entendido pues como proceso deliberativo o de adopción de decisiones.

A tales efectos, la participación y la transparencia son dos elementos instrumentales para la organización. En muchos otros casos – ya citados (*vid.*, supra) – puede hablarse de auténtica expansión de valores públicos hacia lo privado, no obstante, en muchos otros, resulta difícil apuntar a una verdadera adopción o adaptación real de valores de naturaleza pública. Ese el caso del propio código ético ICOMOS, el cual se corrige en el artículo 4 c 6 cuando asegura explícitamente que la documentación será de acceso público cuando ello sea «compatible» con los objetivos culturales y de conservación, sin que quede motivada o instrumentalizada la decisión, lo que demuestra que, no en todos los supuestos contemplados puede hablarse, por tanto, de procedimiento público y transparente sin excepciones. Será, por tanto, mediante la atención a tales valores o principios que la organización se obliga (o debería obligarse) a hacer públicos quiénes son o han de ser los expertos, participantes y

⁹ La idea de «procedimiento privado» parte, en primer lugar, de la contraposición dada por *Giannini* al distinguir el procedimiento administrativo del resto de procedimientos de diversa índole. Para el maestro, esta segunda categoría no pretende hacer que el procedimiento sea considerado como una secuencia de actos ordenados destinados a producir un determinado acto de carácter conclusivo. *Vid.* con mayor detalle y exposición sobre la cuestión del «procedimiento privado», la «tercera generación de procedimiento» en BARNÉS, 2016a.

coordinadores en el proceso, así como la competencia técnica que éstos poseen (o han de poseer) para la deliberación y «difusión de información [relativa a] los principios, técnicas, legislación y políticas de conservación y salvaguarda [del patrimonio]»¹⁰.

La adopción de valores públicos por parte del actor privado no sólo va a permitir que la decisión que adopten sobre una determinada cuestión de interés general sea ciertamente participativa y transparente, sino que va a garantizar que la actividad material de la organización también lo sea, habida cuenta de que las actuaciones materiales o informales también se han «procedimentalizado».

En este sentido, la participación y la transparencia, en el proceso de toma de decisiones de ciertos actores privados, tiene – a su vez – un valor limitado o más bien complementario, tal y como ocurre a la organización *Equitable Origin*, encargada de elaborar estándares destinados a reducir el impacto social que causa el sector energético global en diversas comunidades afectadas por sus actividades. El comité técnico de la organización es quien decide qué partes interesadas serán las que puedan participar en cada uno de los períodos de consulta pública (participación) y de deliberación, al tiempo que se “comprometen” dentro de los límites de los recursos organizacionales a hacer accesibles los borradores de normas a todos los interesados (transparencia).

En este sentido, estos actores privados van a poder adoptar una gran cantidad de decisiones incluso cuando en el proceso resulte imprescindible el requerimiento de todas las partes interesadas (otras redes de expertos externas, gobiernos, empresas y comunidades locales) (OVERDEVEST, 2004: 172). Y es que «el único posible límite objetivo que condiciona al actor privado a la hora de divulgar el contenido de sus decisiones y hacerlas más participativas es el miedo potencial de perder probidad y representatividad ante la comunidad internacional» (GARCIA-GARRIDO, 2016).

5. Conclusiones finales

Acabar tal y como hemos comenzado, es decir, aludiendo a la cuestión de la soberanía, la representación en los procesos de integración supranacional y el papel del «constitucionalismo en la era global», parece razonable después de haber recorrido ampliamente por temas como el análisis de la intervención de actores privados en el ejercicio de actuaciones de impacto regulatorio; la

¹⁰ Me remito a los apuntes dados por la organización *ICOMOS España*. Disponible online en: http://www.esicomos.org/Nueva_carpeta/info_ICOMOS.htm.

formalización de principios de procedimiento en la realidad privada a nivel supranacional; y, la configuración de nuevas categorías o «generaciones de procedimiento» (BARNÉS, 2016a). Todos y cada uno de los temas, como diríamos en la introducción de este *paper*, poseen un denominador común: la globalización y el Estado.

A su vez, diversas habrán sido, seguramente, las «reflexiones» que se han abierto hasta el momento, aunque todas ellas provienen de un mismo habitáculo: el Estado centralizador que ve (o desea ver) al actor privado como un sujeto sin legitimación privada; la ley que ve (o desea ver) al estándar y al *soft law* como la norma no vinculante; los grupos mejor representados que ven los foros, los espacios de participación *ad hoc* como una oportunidad para dominar los procesos deliberativos y la toma de decisiones sin que de ello resulte (salvo en ciertos sectores y ámbitos) una responsabilidad y efectiva rendición de cuentas.

Es en esta misma línea que hemos de preguntarnos sobre la validez de esa expansión de principios de Derecho público. De una parte, la participación, la transparencia, la motivación y la imparcialidad son principios de procedimiento a los que ciertas organizaciones hacen mención en sus códigos de conducta, *bylaw*, estatutos o códigos de procedimiento. De otra, no ha de obviarse la importancia de la colaboración y de la influencia del actor privado en los procesos de regulación de políticas públicas, de protocolos y en cumbres internacionales (como es el caso de la COPXXI de 2015, en París), donde ocupan un lugar más, votan y deciden como cualquier otro Estado. Esa influencia privada, traducida en la capacidad para dirigir y controlar sectores de riesgo, está sometida – en buena parte de los casos (*vid.*, supra) –, al respeto de principios de Derecho público y de otros nuevos, como el del rigor científico o la precaución, valores que sustancian la conducta y la actuación *para-normativa* de los actores privados.

Ahora bien, la intervención del privado mediante actividades de normación técnica y de impacto regulatorio se ha vuelto uno de los temas que ronda en torno a la apertura del Derecho Administrativo contemporáneo. Los nuevos retos a los que se enfrenta la ciencia administrativa hacen de esta rama del derecho, una disciplina que no puede quedar inmune al progreso social y jurídico de los últimos años.

La transparencia y la buena gobernanza, la participación, la motivación y la imparcialidad han de manifestar su capacidad más centralizadora – garantista – en el seno del proceso privado o del *decisión-making process*. Este tipo de valores no sólo han de permear en la conducta de las administraciones nacionales, tal y como pudiera hacer una ley de procedimiento administrativo o de transparencia respecto de aquellos actores que ejercen un actividad de interés público. La instrumentalización de tales categorías y valores o princi-

prios tradicionales surgidos con la cultura del Derecho Administrativo permiten que, desde y hacia lo global (KINGSBURY y STEWART, 2016) se cuestionen – en línea de principios –, cómo resulta posible revelar una efectiva atribución de garantías a las nuevas formas de actuación administrativa privadas que se asocian a estos actores sociales de nuevo orden y, en consecuencia, en qué casos se puede hablar de título de legitimación democrática y procedimental.

El importante papel que juegan los gobiernos, las organizaciones internacionales y los demás actores estatales (y no estatales) en la búsqueda compartida de soluciones ante los nuevos frentes globales, nos hace ver cómo las herramientas y categorías ya conocidas por los ordenamientos jurídicos nacionales han de ser entendidas o interpretadas en su visión más globalizadora y expansiva, por la cual las organizaciones privadas deban conducir toda su actuación mediante una serie de criterios y principios mínimos que han de ser analizados y estudiados a fin de delimitar en qué medida o bajo qué parámetros permiten la participación, la transparencia y, en definitiva, una toma de decisiones representativa de los intereses colectivos o difusos, garantista y no deliberativa de intereses económicos, privados o individualistas (GARCIA-GARRIDO, 2017a). En definitiva, es en el Estado y en los recursos ofrecidos por que la globalización que han de encontrarse soluciones alternativas, instrumentos y estrategias, así como procedimientos más innovadores y garantistas.

6. Referencias bibliográficas

BARNÉS, Javier (2016a). *Towards a Third Generation of Administrative Procedures*. Paper presentado en la “Comparative Administrative Law Conference” el 29-30 abril en la *Yale School*. Disponible en línea.

BARNÉS, Javier (2016b) (ed). “Nota introductoria del editor: El Derecho Administrativo Global y el Derecho Administrativo nacional, dos dimensiones científicas hoy inseparables”, en KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de aplicación*, Barnés, J. (ed.), Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016, p. 45.

BARNÉS, Javier (2015). “La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento”. MERCÉ DANACULLETA I GARDELLA, M., ESTEVE PARDO, J., SPIECHER GEN. DÖHMANN, I. (eds.). *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, pp. 281-312.

BARNÉS, Javier (2014). “La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias”. García Macho, R., (ed.) *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Ai-

res/Sao Paulo, p. 78, también pp. 90 y ss.

BARNÉS, Javier (2012). “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”. *Constitución Económica*. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BARNÉS, Javier (2006). “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Barnés, J. (ed.), Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, p. 313-314.

CASSESE, Sabino (2010). *El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado*. Global Law Press, Sevilla, pp. 33 y ss.

CASSESE, Sabino (2006). *Lo spazio giuridico globale*. Libri del tempo, Laterza.

CASSESE, Sabino (2005). “Il Diritto Amministrativo globale: una introduzione”. *IRPA*, núm. 2, p. 11 y ss.

CHESTERMANN, Simon (2003). “Globalization Rules: Accountability, Power, and the Prospects for Global Administrative Law”, 14, *Global Governance*, 2003, pp. 39-52.

CUETO PÉREZ, Miriam (2008). *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*. Thomson Civitas – Aranzadi, p. 36.

DE LEONARDIS, Francesco (2000). *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*. Ist. dir. pubbl. Fac. giur.-Univ. Roma, Cedam, p. 26.

FREEMAN, Jody (2002-2003). “Extending Public Law Norms Through Privatization”. *Harvard Law Review*, n. 116, Cambridge, pp. 1291 y ss.

GALGANO, Francesco (2005). *La Globalizzazione nello specchio del Diritto*, Il Mulino, Bologna, pp. 199.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2004). *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, p. 87.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1993). “Curso de Derecho Administrativo I”, Civitas, Madrid, p. 49.

GARCIA-GARRIDO, Francisco (2017a). “Transparencia y «buena gobernanza» como valores reguladores de la actividad regulatoria privada”. *Cadernos de Dereito Actual*, n° 7 – extraordinario, pp. 163-183.

GARCIA-GARRIDO, Francisco (2017b). “El procedimiento de toma de decisiones y las organizaciones regulatorias globales: nuevas formas de administración y poder”. *Public Policy Portuguese Journal*, vol. 2, n° 1, Universidade de Évora, UMPP – Unidade de Monitorização de Políticas Públicas, pp. 28-56.

GARCIA-GARRIDO, Francisco (2016). “La intervención de actores privados en el desarrollo de actividades regulatorias: la evolución del Derecho Administrativo en el «espacio»”. *Nuove Autonomie. Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, anno XXV – n° 2, mayo-agosto, pp. 269-288.

GIANNINI, Massimo Severo (1981). *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, p. 58.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ Santiago (2004). “La responsabilidad administrativa en caso de colaboración de los particulares con el ejercicio de funciones administrativas”. *RAP*, núm. 123, p. 37.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (1999). “Derecho Público y Derecho Privado”. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, Madrid, pp. 199-213.

HYDEN, Goran (1992). “Governance and the study of politics”. *Governance and Politics in Africa*, Hyden, G. y Bratton, M. (eds.), Boulder, CO, Lynne Rienner, pp 1–26.

MARCHETTI, Barbara y DE LUCIA, Luca (eds.) *L'amministrazione europea e le sue regole*. Il mulino, Bolonia, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público en general*. Tecnos, Madrid, p. 19.

NUTT, Paul C., y BACKOFF, Robert W. (1992). “Strategic management of public and third sector organization: a handbook for leaders”, *Jossey-Bass*, San Francisco (CA), p. 137.

PARADA, Ramón (2008). *Derecho Administrativo I Parte general*. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 28-29.

OVERDEVEST, Christine (2004). “Codes of Conduct and Standard Setting in the Forest Sector: Constructing Markets for Democracy?”. *Industrial Relations/Relations Industrielles*, n. 59(1), pp. 172-198.

SÁINZ MORENO, Fernando (1983). “Ejercicio privado de funciones públicas”. *RAP*, núms. 100-102, Madrid, pp. 1699-1783.

SALAS ARQUER, José M. (1992). “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”. *REDA*, núm. 75, Madrid, p. 399.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. (2004). *Principios del Derecho Administrativo General*. Iustel, Madrid, p. 497.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A. (1988). “Fundamentos de Derecho Administrativo I”. *Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, pp. 185-277.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *Teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons, Madrid.

KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B (2016). *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Global Law Press, Sevilla.

STIGLITZ, Joseph (2006). *La globalizzazione che funziona*. Cavallini, D. (trad.), Einaudi, Torino, p. 187.

STOBER, Rolf y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (1995). “Las actuaciones materiales o técnicas”. *Revista de estudios de la Administración local y autonómica (REALA)*, n. 267, pp. 573-590.

SWEENEY, G. (2011). Sociedad civil y el proceso de cambio climático. ¿Cómo incide la participación como medida de transparencia?”. *Informe Global de la corrupción*. *International Institute for Environment and Development y Transparency International*, pp. 101-104.

TORCHIA, Luisa (ed.) (2017). *Studiare il diritto amministrativo. La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*. Il Mulino, Bolonia, p. 16

TRUTE, Hans-Heinrich (1996). “Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht”. Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann (Hrsg), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden – Baden, p. 167.

Ulteriores referencias electrónicas

Corporación de Internet para la Asignación de Nombres (ICANN), Arts. II – V, “Estatuto de la corporación para la asignación de nombres y números en internet”, v. 24.6.2011. Disponible en: <<https://www.icann.org/resources/pages/bylaws-2012-02-25-es>>.

Consejo Internacional para la Armonización de los requisitos técnicos para productos farmacéuticos de uso humano (ICH). Disponible en: <<http://www.ich.org/products/process-of-harmonisation/formalproc.html>>.

GlobalGAP. Estándares y otras normas publicadas en la base de datos de la organización. Disponible en: <<https://database.globalgap.org/globalgap/search/SearchMain.faces?init=1>>.

Equitable Origin (EO), Principios 1 y 2, “EO 100™ Standard: for responsible energy development”, v. 2012. Disponible en: <https://d2oc0ihd6a5bt.cloudfront.net/wp-content/uploads/sites/1738/2016/05/EO100_Standard_for_Responsible_Energy.pdf>.

FSC. Normas y procedimientos. Centro de documentación. Disponible en: <<https://ic.fsc.org/en/document-center>>.

International Union for Conservation of Nature (IUCN). Disponible en: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/html/tourism/section9.html>>.

Iseal Alliance. Iseal Code of Good Practice, ver. 6.0 – dic. 2014. Disponible en: <<https://www.isealliance.org/sites/default/files/ISEAL%20Standard%20Setting%200Code%20v6%20Dec%202014.pdf>>.

Organización Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), Art. 4.C-3, “Principios éticos ICOMOS”, Florencia 2014. Disponible en: <http://www.icomos.org/images/DOCUMENTS/Secretariat/2015/GA_2014_results/20150114-ethics-asadopted-languagecheck-finalcirc.pdf>.

Transparencia Internacional (TI). Informes e índices de corrupción. Disponibles en: <<https://www.transparency.org/whatwedo/publications/>>.

United Nations. Framework Convention on Climate Change, Nairobi Work Program. Disponible en: <http://unfccc.int/adaptation/workstreams/nairobi_work_programme/items/6547.php>.

POLITICHE DEL LAVORO E DEL WELFARE:
UNA POSSIBILE SOLUZIONE
ALLA CRISI DI RAPPRESENTANZA IN EUROPA

*Antonino Imbesi**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cambiamento del sistema del lavoro, del welfare e nascita della figura del lavoratore povero. – 3. I diritti sociali e la loro trasformazione ed evoluzione nel contesto europeo della crisi. – 4. La costituzionalizzazione del diritto lavoro. – 5. Riflessioni conclusive. – 6. Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

Con la crisi del 2008 ci si è improvvisamente resi conto, soprattutto nel mondo occidentale, che il benessere portato dalla crescita continua, avvenuta negli ultimi decenni, era ormai al suo epilogo. Dopo un primo momento in cui hanno sottovalutato gli effetti della crisi, i governi sono passati velocemente all'azione con una serie di misure volte, nelle loro intenzioni, a favorire a spingere l'economia nuovamente verso la crescita. La reazione generale in Europa è stata quella di contenere le spese e ridurre i deficit, lasciando inascoltati i suggerimenti di chi invece, proponendo di seguire la politica economica degli USA e la lezione di Keynes, invitava a realizzare investimenti pubblici mirati a stimolare l'economia e il mercato, riattivando i consumi e conseguentemente la produzione, per riavviare un ciclo economico positivo.

Le soluzioni anti-crisi messe in campo dai governi e suggerite dai tecnocrati dell'Unione Europea facendo leva su politiche di austerità, hanno inevitabilmente provocato nella loro coniugazione nelle diverse nazioni il cambiamento dei modelli di welfare. Mutamenti che non sempre hanno significato un'oggettiva positiva evoluzione dei diritti. I diritti sociali anche fondamentali sono divenuti oggetto e materia di aggiustamenti e sono stati trasformati subordinandoli al riassetto dei bilanci pubblici.¹ Il progressivo ridimensionamento dello stato sociale attraverso il contenimento della spesa pubblica, la riduzione delle tutele sociali, le restrizioni sulle regole di eleggibilità ai benefici, con la riduzione dei loro importi o durata e la cessione di servizi anche essenziali a soggetti privati hanno prodotto l'iniziale scoramento dei cittadini,

* Universidad de Huelva.

¹ (GAMBINO, 2015).

che si è poi trasformato in rabbia verso le istituzioni statali tacciate d'inefficienza e non percepite all'altezza della sfida lanciata dalla crisi.

Gli effetti di tali politiche sono stati patiti soprattutto della classe media, che ingabbiata in una spirale tra disoccupazione e lavoro di bassa qualità, ha subito un'erosione del salario che ne sta progressivamente determinando, con la caduta verso la povertà la sua sostanziale scomparsa.

A complicare il quadro generale sono poi intervenuti altri fattori. Il graduale sgretolamento dei sistemi politici di alcuni paesi del vicino Medio Oriente e in alcuni paesi Africani ha portato a scontri sociali ed etnici, inaspriti in alcuni casi fino a sfociare in sanguinose guerre. La conseguenza più immediata di tutto ciò è stata lo spostamento di significative masse di popolazione verso i vicini stati europei e l'occidente in cerca di sicurezza e di un futuro più prospero.

L'aumento della disoccupazione in atto nei paesi occidentali e la preoccupazione degli immigrati, ha conseguentemente spinto i cittadini ad un'ondata di sentimenti che vanno dal classismo al nazionalismo fino a sfociare talvolta in vero e proprio razzismo.

La sfiducia nelle istituzioni che, seguendo legislazioni internazionali e prassi umanitarie ormai consolidate, hanno invece avviato la rete di aiuti umanitari, come la creazione dei campi di accoglienza a scapito di politiche sociali per i propri cittadini, è così aumentata. Gli si rimprovera di aiutare chi viene da fuori "rubando posti di lavoro", invece di occuparsi dei propri abitanti che stanno invece vivendo un momento di difficoltà economica.

Complice quindi la paura dell'immigrato, un po' in tutti gli stati del continente europeo, sono sorte forze di estrazione populista. Cavalcando l'onda del sentimento anti-straniero, i casi di corruzione politica, e l'assenza di una comunicazione efficace delle problematiche e degli obiettivi politici, minimizzati dai dirigenti dei partiti tradizionali sempre più lontani dai loro votanti, i populistici hanno acquisito sempre più simpatie da parte di quasi tutte le classi sociali.

I politici di carriera che perpetuano poi indeterminatamente la loro vita politica, o che incuneandosi come dirigenti nell'amministrazione pubblica, acquisiscono privilegi economici e collocano in posizioni di responsabilità figure a loro vicine, forniscono nuove motivazioni ai già arrabbiati sostenitori delle nuove forze populiste. L'effetto più evidente è che negli appuntamenti elettorali i risultati ottenuti dai vecchi partiti politici spesso sono differenti da quanto prospettato, anche quando animati dalle migliori intenzioni, essi avanzano progetti di primaria importanza per lo sviluppo sociale ed economico.

Problemi analoghi si riscontrano anche nel resto del mondo. Negli Stati Uniti una serrata campagna elettorale ha visto l'anomalo populista Donald

Trump, farsi paladino di quella parte della popolazione che desidera la difesa e la protezione dei propri interessi, divenire nuovo presidente della principale potenza mondiale ed esempio per i populistici di tutto il mondo.

Nel Regno Unito invece con la Brexit è passata la linea che vuole gli inglesi preferire tornare a isolarsi dal continente e da quell'emigrazione, vista come pericolo per il proprio stile di vita e per il proprio mercato del lavoro, non considerando l'indissolubilità del legame economico con le vicende e le sorti dell'Europa.

2. Cambiamento del sistema del lavoro, del welfare e nascita della figura del lavoratore povero

La crisi di rappresentanza è evidentemente il risultato delle tensioni economiche e della dilagante disoccupazione non affrontate efficacemente dai partiti tradizionali. Il brusco rallentamento dell'economia è però dovuto a fattori tanto endogeni quanto esogeni che esulano dai singoli contesti nazionali e dalle singole responsabilità politiche.

La globalizzazione ha sì migliorato il livello di vita di gran parte della popolazione del pianeta, ma ha anche fatto aumentare il divario tra i benestanti e i meno abbienti, aggravando l'ingiustizia sociale, riducendo il reddito pro-capite nei paesi occidentali e facendo concentrare maggiormente la ricchezza nelle mani di alcuni super ricchi. La povertà e l'esclusione sociale sono state e sono questioni molto sentite nel dibattito pubblico e sociale europeo. Di fatto alcuni testi normativi e i trattati istitutivi dell'Unione Europea includono molteplici documenti che affrontano la povertà e l'esclusione sociale nel mercato del lavoro.

Le disuguaglianze nella redistribuzione delle entrate operata dagli stati hanno un'importanza pronunciata nel reddito disponibile delle famiglie e riflettono l'impoverimento relativo del reddito da lavoro e la maggiore presenza di persone disoccupate e inattive.

La difficoltà dei lavoratori di entrare o riposizionarsi nel mercato del lavoro, può essere vista anche come un problema di "approvvigionamento della domanda", dovuto alla scomparsa delle professioni classiche e alla comparsa di moderne mansioni e nuove forme di lavoro e di lavorare, per la quale non esiste ancora una formazione specifica.

I sistemi d'istruzione, anche se è in grado di generare elevati numeri di soggetti qualificati, non sono ancora in grado di fornire le conoscenze e le competenze necessarie per le nuove tipologie di lavoro e garantirne un'elevata produttività.

Nel passaggio alla società post-industriale e dell'economia digitale, parole come flessibilità, adattabilità e mobilità hanno sostituito altre come specializzazione, stabilità o continuità.

Questi cambiamenti che sono stati positivi nei settori industriali, hanno anche aumentato il rischio di vulnerabilità dei classici settori della produzione industriale. La nuova realtà ha come conseguenze negative, in assenza di correttivi e tutele, di generare aumenti relativi di disoccupazione giovanile, disoccupazione strutturale e di lungo periodo, e creare di posti di lavoro di bassa qualità, senza formazione continua, unita a occupazioni a basso salario.

Durante i primi due anni della crisi, il sistema di protezione sociale ha mitigato l'impatto delle perdite di posti lavoro permettendo d'integrare il reddito familiare e prevenire le disuguaglianze.

L'ansia maggiore dei politici è stata però soprattutto quella di mettere le banche al riparo da possibili turbolenze dei mercati credendo fosse sufficiente, sottovalutando così il trasferimento all'economia reale dell'andamento negativo. Quando in seguito le istituzioni si sono rese conto, che dato il prolungamento della crisi e l'assottigliamento delle risorse disponibili, bisognava urgentemente operare modifiche al mercato del lavoro (almeno in Europa) non potendo eseguire una svalutazione monetaria hanno preferito operare attraverso politiche di svalutazione del valore del lavoro stesso, contenendo o riducendo i salari per mantenerne basso il costo.

Contestualmente non è stata però ridotta la tassazione sul lavoro che pur ha un'incisività rilevante e costituisce un fattore importante del costo del lavoro. L'attuazione di queste politiche ha creato i cosiddetti nuovi poveri: lavoratori che, pur avendo un'occupazione retribuita e stabile, non riescono a raggiungere un reddito sufficiente a garantire loro un livello di vita dignitoso.

L'origine e la successiva evoluzione dello stato sociale europeo erano strettamente legate alla doppia gestione dei rischi derivanti dal rapporto dei lavoratori al mercato del lavoro. Il regime tradizionale del welfare ha fatto sì che la gente completamente integrata nel mercato del lavoro non potesse cadere in povertà. Oggigiorno conseguentemente la figura del "lavoratore povero" rappresenta una sfida per le politiche sociali, e in senso più ampio, per i sistemi previdenziali.

Questo comporta in futuro il necessario cambio dei sistemi di welfare adattandoli alla pirotecnica girandola dei cambi organizzativi delle imprese anticipando la risposta alla frenetica velocità della globalizzazione che sta tra-

sformando sia la figura dell'imprenditore che del lavoratore².

Una differenza tra la crisi attuale e le crisi del passato è stata che l'attuale sistema di Welfare, concepito nei primi anni del novecento, non è stato in grado di sostenere gli effetti negativi prolungati e generalizzati estesi a tutto il mondo e sono parse necessarie delle correzioni. Ciò ha portato i governanti a riconfigurare i diritti sociali, ma non in senso positivo, bensì restringendone la portata alterandone inevitabilmente l'efficacia.

3. I diritti sociali e la loro trasformazione ed evoluzione nel contesto europeo della crisi

Il sistema dei diritti civili e sociali così come li conosciamo è stato continuamente messo a dura prova da tutti gli interventi attuati, che hanno avuto l'effetto secondario di cambiare negativamente le percezioni e soprattutto le aspettative delle persone sul futuro. Senza dubbio: stato sociale, mondo del lavoro, emigrazioni, economia, finanza, imprese e azione politica sono indissolubilmente legate gli uni agli altri in un mix del tutto originale, dove la globalizzazione funge da collante, detonatore e acceleratore delle reazioni e dei processi attivati poi dalle azioni dei rappresentanti politici e il cui risultato si trasforma di volta in volta in benessere o in crisi accrescendo o diminuendo le quotazioni dei decisori. D'altronde i diritti senza l'intervento della politica e attraverso essa dello stato non avrebbero piena realizzazione.

Alla luce delle ultime direttive politiche attuate, ci si può benissimo chiedere se le strategie dell'Unione Europea e dei politici in generale prevedano ancora i diritti sociali tra quei diritti fondamentali sviluppati negli ultimi secoli culla dell'età del diritto.³ Proprio questa è intrinsecamente la principale paura della parte più debole delle classi sociali, che vede minacciato il proprio stile di vita e le proprie prospettive future, ed è anche la causa dello scollamento dell'establishment politico dalla realtà sociale.

I diritti sociali come tutti gli altri diritti secondo Stephen Holmes e Cass R. Sunstein dipendono da investimenti selettivi di risorse scarse a disposizione di in una comunità. Alla domanda su quali diritti garantisce una comunità, dicono che non si può, infatti, rispondere solo guardando la costituzione di tale comunità, ma bisogna soprattutto, considerare quante risorse sono allocate

² GIG Economy, Reti d'impresa, Lean Six Sigma, digitalizzazione costante delle attività economiche, robotica, nuove tecnologie e altre forme organizzative e tecnologiche che danno una differente visione dell'evoluzione delle figure del mondo del lavoro.

³ (BOBBIO, 1992).

per garantirne il compimento⁴. Tutti i diritti secondo questi due studiosi costano denaro. Tutti loro, sia si tratti delle libertà tradizionali che delle libertà negative,⁵ che degli stessi diritti sociali,⁶ hanno bisogno della fornitura di un servizio pubblico attivo. Le dichiarazioni dello Stato modellano i rapporti tra esso stesso e gli individui. Se la comunità politica non decide congiuntamente utilizzando fondi pubblici, la legge perde la sua essenza in quanto tale. La riflessione centrale di Holmes e Sunstein fa riferimento al legame tra l'effettivo godimento dei diritti e la capacità e la volontà dello Stato di garantire, soprattutto spendere soldi per essi. Questo perché ogni Stato ha risorse limitate e quindi una capacità finita di fornire servizi. I diritti diventano nient'altro che semplici dichiarazioni se non si conferiscono poteri agli organi le cui decisioni sono giuridicamente vincolanti (ad esempio come i diritti morali contenuti nella Dichiarazione dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, 1948). In generale, dicono i due studiosi, le persone sfortunate sono quelle che non vivono sotto governi in grado di raccogliere le tasse e fornire soluzioni effettive. Lo stato ha bisogno, in tutti i casi, che esistano giudici, polizia, e tutti i meccanismi di controllo normalmente in vigore, senza i quali tali libertà sarebbero minacciate costantemente. In altre parole: l'opposizione tra libero mercato e interventismo statale è un errore concettuale, perché lo Stato interviene sempre. Ciò che conta è decidere quali interventi siano adeguati e giustificati e quali non lo siano (HOLMES, S. - CASS SUSTEIN, R., 2000). Però è pur vero secondo quanto sostiene il "Bill of Right" "Rooseveltiano del 1944 che fra i diritti non possono darsi né gerarchie né tanto meno differenze.⁷ Riflessione alla quale si è giunti a seguito a una naturale evoluzione di diritti che ha visto l'apporto di numerosi pensatori, che non guarda come fanno i politici, Holmes e Sunstein solo all'aspetto economico dei diritti, ma ne riconosce una funzione e un valore immateriale più alti. L'ottenimento dei diritti è stato un processo travagliato e assai lungo nel tempo che si è sviluppato in diversi stadi di cui oggi godiamo i privilegi. Di centrale importanza, nel processo di affermazione di quella che Bobbio definisce: età dei diritti è sicuramente la figura di John Locke che a sua volta trae linfa nello sviluppo delle sue idee dalle teorie del giusnaturalismo razionalista. Gli esseri umani, in quanto tali, per Locke, sono titolari di diritti naturali che neppure lo stato può sottrarre loro. Per Bobbio l'età dei diritti è stata un'autentica una rivoluzione delle scienze sociali come quella di Coper-

⁴ HOLMES, CASS SUSTEIN, 2000).

⁵ Come la non interferenza dello stato.

⁶ Solitamente identificati come libertà positive che richiedono un'ingerenza più diretta da parte dello Stato.

⁷ (FONTANA, 2014: 1-36)

nico lo era stata per le scienze fisiche. Un mutamento che valuta il rapporto tra governanti e governati non più dalla prospettiva dei primi ma dei secondi considerando l'individuo prioritario nella società⁸. “Proprio partendo da Locke si capisce bene che la dottrina dei diritti naturali presuppone una concezione individualistica della società e quindi dello stato, contrastata dalla ben più solida e antica concezione organica, secondo cui la società è un tutto, e il tutto, è al di sopra delle parti⁹.”

A questa prima fase segue nell'ottocento con la rivoluzione americana e quella francese una maggiore concretezza dei diritti umani che non appartengono più all'essere umano ma diventano prerogativa del cittadino. I cittadini divengono titolari di un complesso di diritti e analoghi doveri nei confronti dello stato sovrano.¹⁰ L'ultimo gradino con cui ha realmente inizio l'età dei diritti è aperto dalla promulgazione nel 1948 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Da questo momento, l'affermazione dei diritti è non solo positiva ma anche universale. I diritti dell'uomo non sono più soltanto proclamati e riconosciuti ma effettivamente protetti anche contro lo stesso stato che li ha violati e sono universali perché i destinatari dei diritti sono tutti gli esseri umani e non più soltanto i cittadini di questo o quello stato.¹¹

Questa concezione ormai matura è stata negli ultimi cinque anni sopravanzata nelle intenzioni politiche almeno nella dimensione europea dei diritti sociali. Le terapie anti- crisi, messe in campo dall'Eurozona che fanno leva sulle politiche di austerità, disegnano inevitabilmente una parabola involutiva dei modelli di welfare.

Nell'Unione Europea tutti i diritti sociali, anche se fondamentali, vengono mutati nel tentativo di favorire il mercato interno nella discutibile idea che questo avrebbe prodotto spontaneamente l'armonizzazione dei sistemi sociali.

Il Trattato di Lisbona nel 2007 ha portato paradossalmente le autorità europee a disegnare un'architettura istituzionale molto complessa ed articolata ignorando i problemi di fondo dell'Unione in materia politica ed economica e risultata dopo anni di crisi, che da economica si è progressivamente trasformata in sociale, del tutto inadeguata.

Sicché anche i passi in avanti compiuti con il riconoscimento della Carta dei diritti assegnandole il rango di trattato¹² non è più ribadita come obiettivo primario dal Trattato di Lisbona del 2007.

⁸ (BOBBIO, 1992:49).

⁹ (BOBBIO, 1992: 58).

¹⁰ (FACCHI, 2013:80); (COSTA, 2010).

¹¹ (BOBBIO, 1992).

¹² ex art. 6 TFUE

I compromessi che hanno caratterizzato l'ultima fase dell'integrazione europea hanno attuato sui diritti sociali e in particolare sul diritto del lavoro, con la scelta di non mettere in discussione l'assetto delle competenze definito dall'art. 153.5 TFUE; disposizione che esclude il potere d'intervento dell'Unione in tema di retribuzione, diritto di associazione e diritto di sciopero, materie cruciali per l'integrazione europea, contrastando poi con l'affermazione dei fini stessi dell'integrazione europea individuati nell'elevazione e nel benessere dei cittadini europei e non nel riassetto dei bilanci pubblici.

L'impatto di queste decisioni colpisce soprattutto ai paesi più deboli dell'unione, con la paradossale conseguenza di smentire, di fatto, il riconoscimento dei diritti sociali, ribaditi proprio nella carta dei diritti fondamentali dell'UE.

L'idea che i diritti sociali traducendosi in norme inderogabili, siano l'unico vero antidoto al potere dei mercati, non può funzionare senza il decisionismo politico dei governanti a supporto dei diritti dei propri cittadini posti al centro del loro progetto, già che adesso anche le scritture costituzionali sembrano impotenti di fronte allo strapotere dell'economia e della finanza sui diritti.

4. *La costituzionalizzazione del diritto del lavoro*

In questo scenario pesantemente influenzato dall'interconnessione di fenomeni socio-economici rilevanti e dal cambio tanto repentino della società dei diritti, le regolamentazioni legislative sul lavoro sono ben presto divenute uno degli attori principali negli interventi dei differenti governi per cercare di arginare la perdita di consensi. D'altronde il diritto del lavoro è sempre stato storicamente uno tra i più fedeli compagni di viaggio delle crisi.¹³ A ben vedere in realtà esso è stato anche caricato di oneri che non gli competono.

Ai giuslavoristi sono talvolta addossate le responsabilità dei fallimenti delle misure attuate e la colpa della necessità di cambiare lo stato sociale così come l'abbiamo conosciuto. Le discipline giuslavoriste possono però in parte aiutare a regolare ciò che è in essere, provando altresì a cercare soluzioni giuridiche a possibili scenari socio-economici che altre discipline (come quelle economiche) possono tentare di prevedere, dando così una risposta più rapida immediata alle criticità sistemiche o impreviste che possono verificarsi in peculiari scenari finanziari sociali e economici.

Prima di tutto però è bene inquadrare la disciplina del lavoro nel quadro

¹³ (PALOMEQUE, 1984: 15).

più ampio dei diritti sociali fondamentali che la legittimano. I diritti sociali possiedono lo *status* di diritti fondamentali, rappresentano un connotato essenziale del modello di democrazia e sono di centrale importanza nel modello di costituzionalizzazione dello Stato sociale.

Il diritto al lavoro “principe”, “archetipo” dei diritti sociali, com’è stato incisivamente definito¹⁴ offre un esempio rivelatore e paradigmatico della complessità e, se si vuole, della inevitabile ambiguità del discorso sulla costituzionalizzazione dei diritti sociali¹⁵. Esso si concretizza in una situazione giuridica (immediatamente azionabile) di libertà (negativa) da interferenze o imposizioni esterne, provenienti indifferentemente da poteri pubblici o privati, nell’accesso al lavoro.

L’ordinamento comunitario ha dimostrato un dinamismo sconosciuto al diritto nazionale, in una più generale ottica di sviluppo della libertà economica dei vari soggetti. Anche se assai diffusa la idea che il diritto comunitario conosca soltanto la dimensione negativa del diritto al lavoro,¹⁶ non può negarsi che sia questo il profilo più approfondito nell’ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁷.

Nella prospettiva comunitaria, il diritto di guadagnarsi la vita in un’occupazione liberamente¹⁸ accettata, implica di riflesso il diritto alla libertà di circolazione nel territorio dell’Unione ai fini della ricerca e dell’esercizio, in forma stabile o transitoria, di un’attività di lavoro subordinato o autonomo in condizioni di piena parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro ospitante.¹⁹ È anzi nell’ambito della ricchissima giurisprudenza sulla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi nel mercato comune²⁰ che va individuato l’impulso più rilevante all’affermazione della libertà di lavoro nell’ordinamento sopranazionale.

In quest’ottica il diritto del lavoro assume però una valenza prettamente economica perdendo parte della sua rilevanza sociale. Rispetto alla valenza del diritto sociale di libertà *positiva* appena descritta, Massimo D’Antona ci parla

¹⁴ (MAZZIOTTI, 1956: 87); SCHMIDT, W. (1981: 788-790).

¹⁵ (APOSTOLI, 2005: 71).

¹⁶ Libertà da vincoli nell’autonoma scelta di un lavoro o di una professione.

¹⁷ (DELLA CANANEA, 2001/2002:403); (BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, 2001:127). (ASHIAGBOR, 2005: 241).

¹⁸ Come libertà di svolgere un lavoro o una professione autonomamente scelti, il diritto al lavoro è espressamente riconosciuto, a livello comunitario con l’Art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, trasferito poi nell’Art. II-75 del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa.

¹⁹ Art. 39 e seguenti del Trattato CE.

²⁰ (BARNARD, 2004: 231).

di diritto al lavoro, come “diritto di lavorare”, definito come “un diritto della persona, intesa come persona sociale” che va evidentemente al di là, di quella mera dimensione di libertà negativa sopra considerata²¹ e consiste nella garanzia dell’uguaglianza, sia formale che sostanziale, delle persone rispetto al lavoro disponibile; un’uguaglianza che significa equilibrata concorrenza tra le persone e sicurezza rispetto ad abusi legati a qualità personali, sia nel mercato del lavoro sia durante il rapporto di lavoro.

È ancora in quest’accezione positiva della libertà di lavoro, che vanno collocati gli strumenti di tutela antidiscriminatoria, operanti sia nel momento dell’accesso al lavoro sia in quello dello svolgimento e della cessazione del rapporto, come pure le misure di riequilibrio delle (diverse) opportunità d’individui e gruppi nella forma, ad esempio, delle azioni positive.

Il profondo mutamento generato dalla crisi ha portato al superamento dell’approccio comunitario della strategia europea d’occupazione, traslatata dal paradigma classico della piena occupazione come responsabilità primaria cui lo Stato sociale nazionale provvede agendo con appropriate politiche espansive e d’investimento, sul lato della domanda, oltre che con la costruzione di efficienti servizi dell’impiego su quello dell’offerta.²²

Negli ultimi tempi si sono registrate significative convergenze, nella direzione di un generalizzato inasprimento dei doveri di attivazione dei disoccupati, con una forte accentuazione delle componenti di responsabilità individuale nella ricerca dell’occupazione e di costrittività delle associate misure di sostegno del reddito.

Le tendenze a fornire impiego si sono trasformate, dal lato dell’offerta, in misure miranti a conferire impiegabilità ai lavoratori. Dall’altro lato, vi è stato poi un contestuale inasprimento degli aspetti condizionali e sanzionatori dei lavoratori disoccupati di rifiutare offerte di lavoro, al fine di ridurre la dipendenza dagli aiuti del welfare state.

I concetti d’impiegabilità e di adattabilità, già assunti come autonomi pilastri della strategia europea dell’occupazione e più di recente accorpati nell’ambito degli orientamenti integrati per la crescita e l’occupazione, racchiuderebbero, peraltro, in una certa prospettiva di analisi, trasformazioni ancor più radicali del ruolo del diritto del lavoro.

Ponendo la propria enfasi sulle pari opportunità degli individui nell’accesso e nella competizione in un mercato del lavoro che si presenta sempre più flessibile e frammentato, tali concetti si porrebbero, infatti, in tendenziale rottura con un modello di attuazione del diritto al lavoro tradizio-

²¹ (ALAIMO, 2008:19-33).

²² (ASHIAGBOR, 2005).

nalmente centrato sulla tutela rigida degli occupati stabili.

La graduale costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali a livello dell'Unione europea,²³ dimostra, infatti, che lo stesso ordinamento comunitario si mantiene assai lontano dall'idea che, per superare le distanze tra *insiders* e *outsiders*, sia necessario procedere ad un sostanziale smantellamento delle tutele di cui godono i primi per ridistribuirle nell'area dei secondi, ricomponendo così la frattura tra garantiti e non garantiti in una sorta di "egualianza nell'insicurezza"²⁴.

Quel che sembra certo, è che le risposte ai nuovi bisogni di sicurezza creati dalle trasformazioni sociali ed economiche in corso difficilmente potranno nascere da una sterile contrapposizione tra diritto al lavoro e diritto del lavoro.

5. Riflessioni conclusive

Sicuramente le sfide che il futuro propone ai nostri rappresentanti sono alquanto ardue. Ma cosa possono fare i politici per riacquistare affidabilità agli occhi dei loro cittadini, riportando al voto quella meta dell'elettorato non votante, che non presentandosi ai seggi elettorali cerca di dare un forte, ma finora ignorato, segnale al mondo della politica?

Un primo passo sarebbe certamente quello di proseguire con i principi sviluppati nel corso degli anni 90 dalle istituzioni europee tra cui distaccano alcune linee guida associate a orientamenti generali e politiche economiche volte alla modernizzazione del sistema organizzativo delle imprese, oltre che ad investimenti in settori tecnologici e dei servizi avanzati.

I governi nazionali potrebbero e dovrebbero conseguentemente fissare obiettivi, volti a incoraggiare formazione di qualità oltre alla creazione di occupazione di qualità soprattutto nei settori dei servizi avanzati, informatici, ecologici e di assistenza alle persone.

Un giusto mix tra politiche attive e passive dovrebbe ridare ottimismo, possibilità e maggiore sicurezza nelle prospettive future.

L'era della catena di montaggio è stata ormai sostituita dall'epoca "dell'operaio 4.0", che avvalendosi di competenze trasversali e conoscenze multidisciplinari libero da orari e luoghi fisici utilizzando anche le proprie soft skills è in grado di ideare e creare prodotti/servizi con grado di una produttività assai elevato.

²³ (GIUBBONI, 2006).

²⁴ (ROMAGNOLI, 1997: 533-551); (GORELLI HERNANDEZ, 2013: 51-82).

Il lavoro delle fabbriche si appresta ad essere sostituito (quando non lo è già nei paesi più avanzati) dall'economia digitale.

Non che questo significhi che le fabbriche abbiano smesso di esistere e produrre. Semplicemente esse si sono spostate in luoghi in cui, vuoi il costo del lavoro, vuoi l'accessibilità alle materie prime, vuoi il sistema politico e sociale garantiscono il più basso costo possibile per il prodotto industriale.

Certamente i prodotti artigianali di alta qualità continueranno ad essere fabbricati in quei luoghi dove le tradizioni storiche e culturali hanno generato competenze specifiche difficilmente replicabili altrove.

Anche le organizzazioni sindacali dovrebbero evolversi e iniziare a rappresentare realmente quelle figure considerate l'analogo odierno delle maestranze delle fabbriche, nonché quelle figure professionali difficilmente inquadrabili in un contesto lavorativo specifico.

Pur con brevi passi verso questi obiettivi i politici spinti dall'ansia del voto del consenso a tutti i costi faticano a intraprendere piani di medio lungo periodo volti a conseguire uno sviluppo nella produzione di servizi o prodotti e nello stato sociale, ma anche struttura amministrativa e organizzativa dello stato.

Dovrebbero ampliare la capacità dei sistemi d'istruzione e formazione adattandole alle tendenze sociali con la creazione di sistemi che aiutino a riconoscere le competenze acquisibili e acquisite dalle persone.

Nell'educazione e l'università sarebbe fondamentale proseguire sulla linea dell'apprendimento permanente, della mobilità internazionale di docenti e studenti, e con lo sviluppo di percorsi formativi flessibili in partnership con le aziende. Si dovrebbe poi incoraggiare l'impiego delle persone più lontane dal mercato del lavoro per la loro scarsa formazione e la lotta contro la povertà tra i lavoratori.

La pubblica amministrazione necessiterebbe un accesso semplificato per cittadini e imprese a servizi di qualità con costi sostenibili per lo stato. "L'azienda pubblica" poi andrebbe anche concepita come un organismo che produce servizi ad alto valore aggiunto per i cittadini e quindi incassa un corrispettivo monetario con cui copre la maggior parte dei costi necessari al proprio stesso mantenimento. Naturalmente la fruizione dovrebbe essere gratuita per i servizi essenziali e per la fasce più disagiate della popolazione.

I politici dovrebbero modernizzare e supportare, ma non ridurre sistemi di protezione sociale e delle pensioni adattandoli alle nuove professioni e ai nuovi tipi di contratto. Infine dovrebbero sostenere l'economia e l'innovazione sociale, promuovere le pari opportunità e la lotta alla discriminazione.

Tutte queste misure potrebbero portare a una maggiore crescita nel medio-lungo periodo e stabilizzare il consenso degli elettori. Captare però il loro

consenso nell'immediato presuppone una modifica dell'atteggiamento dei politici. In primis sarebbe una misura intelligente e priva di costi dare il buon esempio gestendo la cosa pubblica con maggior moralità condannando duramente i loro colleghi autori di casi di corruzione o di malaffare.

Positivo sarebbe poi il gesto di adattare il loro stipendio e le proprie prebende all'andamento del ciclo economico abbassandone o alzandone l'importo a seconda dei casi.

Un altro pensiero in questo periodo assai caro ai cittadini insieme con quello della sicurezza è, sicuramente, quello della mancanza di prospettive di un lavoro stabile e di qualità. Il gradimento dei politici si alzerebbe di molti punti se ponessero nella loro agenda la priorità della lotta alla disoccupazione di lungo periodo per tutte le fasce della popolazione e non solo dei giovani, investendo quando non previsto dalle direttive europee, parte delle proprie risorse interne dello stato. La disoccupazione strutturale investe ormai anche la fascia che va dai trentacinque ai cinquanta anni, che incontra molte difficoltà e non è molto contemplata negli aiuti previsti.

Le agevolazioni fiscali quando necessarie per le imprese che assumano dovrebbero riguardare solo lavori di qualità o occupazioni stabili ed essere indipendenti dalla fascia di età ed essere progressive andando da una maggiore dotazione per i disoccupati di più lungo periodo fino a scemare annullandosi nei casi di disoccupazione di brevissimo periodo. Il cittadino dovrebbe tornare a essere dotato dei diritti civili sociali, positivi e universali che mettano l'essere umano e non le imprese al centro del dibattito politico.

Appare chiaro che per attuare queste misure non è sufficiente il consenso di una maggioranza politica quanto piuttosto di tutti i partiti. Sia i partiti tradizionali sia le nuove forze populiste mettendo da parte i loro antagonismi e al centro dei loro programmi la persona, potrebbero su piattaforme condivise proporre le riforme necessarie concordando i punti comuni. Sicuramente possono variare i metodi e le forme ma quando l'obiettivo comune è la creazione di nuovi posti di lavoro, la crescita economica e un allargamento dei diritti sociali a una più ampia platea di beneficiari, ponendo la persona umana al centro del progetto politico, l'accordo dovrebbe essere più semplice. Le costituzioni possono sicuramente rappresentare l'arbitro e la guida a garanzia di un comune interesse supremo, garantendo la società civile nel rispetto dei principi universali, legittimati dalla storia e dalla cultura propria del rispettivo paese di applicazione.

Riferimenti bibliografici

GAMBINO, Silvio (2015). "Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive." *Collana collegata alla rivista DPCE*. Torino: Edizioni Giappichelli.

HOLMES, Stephen, CASS SUSTEIN, Richard (2000). *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*. Bologna: Edizioni Il Mulino (collana saggi).

FONTANA, Giorgio (2014). "Crisi economica ed effettività dei diritti in Europa". *Forum di quaderni costituzionali. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. N.° 104, p. 1-36.

BOBBIO, Norberto (1992). *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi editore, p. 49-58

FACCHI, Alessandra (2013). *Breve storia dei diritti umani*. Bologna: IL Mulino, p. 80. COSTA, Pietro (2010). *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione Onu del 1948*. Torino: Edizioni Giappichelli.

PALOMEQUE Carlos (1984). "Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica". *Revista de Política Social*. n.° 134, p. 15.

MAZZIOTTI, Manlio (1956). *Il diritto al lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 87.

SCHMIDT, W. (1981). "I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale Tedesca" in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, n.°19, p. 788-790.

APOSTOLI, Adriana (2005). *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano: A. Giuffrè, p. 71.

DELLA CANANEA, Giacinto (2001/2002). "Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea". in *Studi Urbinati*, n. 53/54, p. 403.

BIFULCO, Raffaele; CARTABIA, Marta; CELOTTO, Alfonso (2001). *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Bologna: Il Mulino, p. 127.

ASHIAGBOR, Diamond (2005). *The Right to Work*. Oxford: Oxford University Press, p. 241.

BARNARD, Catherine (2004). *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*. Oxford: OUP Oxford, p. 231.

ALAIMO, Anna. (2008) . Il diritto del lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee de diritti un diritto "aperto" e "multilivello". *Forum di quaderni costituzionali. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. N.° 60. p. 19-33.

ASHIAGBOR, Diamond (2005) . *The Right to Work* . Oxford: Oxford University Press.

GIUBBONI, Stefano (2006). *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.

ROMAGNOLI, Umberto (1997). "Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 51, n.°3, p. 533-551.

GORELLI HERNANDEZ, Juan. (2013) "Crítica a la flexiseguridad". *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 16 Enero-Junio, p. 51-82.

RAPPRESENTANZA, RAPPRESENTATIVITÀ E FUNZIONE NORMATIVA DELLE AUTONOMIE SOCIALI

*Maria Chiara Gagliano**

SOMMARIO: 1. Produzione sociale della regolazione e sistema dei poteri nella concezione liberale. – 2. Stato e società nella crisi della modernità. – 3. Modello costituzionale e limitazioni culturali della partecipazione alla produzione normativa. – 4. L'esempio della contrattazione collettiva e la giuridicizzazione secondo schemi tradizionali dei poteri normativi delle organizzazioni sindacali. – 5. Interessi meta-individuali e forme di normazione extra-legislativa. – 5.1. La tutela dei consumatori. – 5.2. La tutela ambientale. – 5.3. La formalizzazione delle regole di professionalità. – 5.4. La formalizzazione delle regole di comportamento per autodisciplina delle Autorità indipendenti. – 5.5. Lobbies e capacità di rappresentazione degli interessi in sede parlamentare. – 6. Relazioni industriali e neo-istituzionalizzazione della partecipazione ai processi normativi.

1. Produzione sociale della regolazione e sistema dei poteri nella concezione liberale

Il presente intervento è un tentativo di analisi dei processi di riorganizzazione di produzione normativa, con spostamento dell'asse portante del sistema, dalla funzione legislativa – propria dei parlamenti e delle assemblee elettive – a nuove espressioni di rappresentatività della società e degli interessi che l'attraversano.

Il problema della progressiva riduzione della capacità di rappresentare gli interessi, da parte dei parlamenti, è stato ampiamente indagato, soprattutto in relazione ai rapporti fra parlamento e governo. Esso è strettamente connesso alle nuove prospettive di ridefinizione dell'esercizio della sovranità come potere legislativo.

Le dinamiche sociali e politiche in corso inducono a ritenere che altrettanto interesse dovrebbe riscuotere il profilo dei rapporti fra potere legislativo e poteri di produzione normativa, derivanti da fonti di espressione della sovranità non formalizzate nelle configurazioni tradizionali dello stato liberale.

La materia non è nuova. Essa, tuttavia, costituisce sempre uno dei terreni sui quali si sperimenta, con maggiore drammaticità, il confronto fra la funzione normativa della società e il potere legislativo.

* Università degli Studi di Catania. Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali.

Già dalla ricostruzione sommaria del quadro costituzionale dei poteri di produzione normativa emerge che, accanto alle forme di democrazia diretta, incidenti sul potere d'iniziativa legislativa, sul potere di abrogazione, sull'esercizio del potere di revisione costituzionale, è stato previsto dall'art. 39, comma 4, Cost. un potere specifico delle organizzazioni sindacali.

Nonostante la mancata attuazione della disposizione costituzionale citata, la capacità di produzione normativa della società, espressa dalle organizzazioni sindacali non registrate, è stata tale da produrre comunque una profonda trasformazione del sistema delle fonti.

Era stato già Santi Romano (ROMANO, 1909) a segnalare la rilevanza del potere delle nascenti organizzazioni sindacali e l'acquisizione di spazi sempre più ampi da parte dei concordati di tariffa, della giustizia dei probiviri, dell'autonomia delle organizzazioni collettive.

Il primo ventennio del Novecento trascorse con il lavoro della crisi del diritto e dello Stato liberale e con l'emersione del potere delle istituzioni sociali che promanavano dalle masse.

Il parlamentarismo liberale non era riuscito a garantire rappresentanza ai movimenti di massa ed era rimasto chiuso nella concezione ottocentesca della separazione dei poteri. In Italia, non si erano registrate neppure le aperture al sociale della Francia.

In Francia, si erano avute due leggi (21 marzo 1884 e 1 luglio 1901) promosse da Waldeck Rousseau, sulle organizzazioni sindacali (dei lavoratori e dei datori di lavoro) e sul contratto di associazione. In entrambi i casi, si dava luogo al riconoscimento automatico di tali organizzazioni per deposito dello statuto. Venivano abrogate la legge "Le Chapelier", promulgata in Francia il 14 giugno del 1791, e l'art. 416 del Code pénal, sul delitto di cospirazione.

L'Italia manteneva ancora il silenzio del Codice civile del 1865 sulle associazioni e sul contratto di lavoro e, conseguentemente, tentava di ridurre tutta l'esperienza dell'organizzazione sociale degli interessi (specie lavoristici e imprenditoriali) negli schemi del contratto di stretto diritto privato.

È utile rammentare che negli stessi anni delle prime lezioni di Santi Romano (ROMANO, 1909) veniva emanata sia la legge del 10 luglio 1910, n. 455, contenente *norme per gli Ordini dei Sanitari*, sia la legge del 16 febbraio 1913 n. 89, sull'*Ordinamento del notariato e degli archivi notarili*, le quali ricalcavano lo schema della *Legge 8 giugno 1874, n. 1938, regolativa dell'esercizio della professione di Avvocato e di Procuratore*. Negli stessi anni, si sviluppava la concezione autonomistica della Banca centrale.

Gli ordinamenti separati dallo Stato, espressivi delle autonomie sociali, cominciavano a delinearsi e a produrre regole specifiche per le sempre più complesse attività professionali.

2. *Stato e società nella crisi della modernità*

L'avvento del fascismo segnò una svolta profonda. I movimenti di massa (che avevano appreso la cultura dell'organizzazione e della gerarchia nell'esperienza della Grande Guerra) trovarono spazi di affermazione, nell'ambito della nuova organizzazione statale, con il ricorso alla mediazione autoritaria.

Il fascismo sansepolcristo, rivoluzionario, repubblicano, anticlericale, si trasformò in partito unico/organo di un nuovo Stato non parlamentare e non democratico.

Si deve segnalare che la connotazione di persona giuridica di diritto pubblico – costantemente riferita alle corporazioni fasciste – è, soprattutto, il frutto di una elaborazione dei giuristi davanti ad un fenomeno, quello del controllo pubblico di organizzazioni associative, imprenditoriali, assistenziali, che non aveva precedenti nella storia giuridica liberale (STOLZI, 2007:127).

La qualificazione pubblicistica scaturiva dalla difficoltà di individuare un termine che esprimesse il carattere “*non privato*” di rapporti, organizzazioni, attività che non appartenevano all'esperienza statalistica liberale e neppure alle forme di realizzazione degli interessi individualistici.

La difficoltà di elaborare un sistema di “diritti sociali” aveva già condizionato l'esperienza della dottrina istituzionalista francese di fine Ottocento (HARIOU, 1967; DUGUIT, 1950). Lo stesso tentativo dei giuristi “sociali” italiani (politicamente nazionalisti) come Santi Romano o Alfredo Rocco, di elaborare un diritto più attento alla complessità della vita di relazione, si tradusse nella sintesi statalistica delle “leggi fascistissime” e della statalizzazione (nazionalizzazione) della società.

Molto probabilmente, fu la difficoltà culturale di inquadrare nelle categorie giuridiche tradizionali i nuovi istituti dei rapporti di massa che produsse l'allargamento (ma anche la metamorfosi) del diritto pubblico (e segnatamente amministrativo) secondo la lettura che Zanobini proponeva in quegli anni (STOLZI, 2007). Giannini (CASSESE, 2012) per un verso, Cesarini Sforza (CIARLETTA, 1961) per altro verso, provavano a proporre schemi più aderenti all'impostazione ordinamentale romaniana.

La reazione del ceto giuridico, tuttavia, si orientò a limitare la rilevanza delle novità.

La famosa definizione di Carnelutti (CARNELUTTI, 1928) del contratto collettivo avente “*corpo del contratto e l'anima della legge*” è emblematica del percorso intellettuale: ridurre la novità dei nuovi istituti giuridici che rispondevano ai processi sociali di massa riconducendoli alle categorie fondamentali tradizionali dell'individualismo giuridico.

3. *Modello costituzionale e limitazioni culturali della partecipazione alla produzione normativa*

L'elaborazione giuridica risultò limitativa della portata delle riforme durante il fascismo e, ancor più, giustificativa delle letture neoliberali della stessa Costituzione dopo il fascismo.

La lettura per la quale i processi di "defascistizzazione" del sistema normativo si sarebbero facilmente risolti con l'eliminazione di alcuni aggettivi dal codice è riduttiva, e presuppone una profonda ambiguità nella ricostruzione della produzione normativa del ventennio (a partire dal processo generale di ri-codificazione).

Molto più significativo il processo che impedì l'attuazione dell'art. 39 Cost., con la giustificazione di evitare pericoli di intromissione statale nella libertà sindacale.

In realtà, la mancata attuazione dell'art. 39 Cost. fu il risultato dell'incrocio di una serie di fattori complessi.

La difficoltà di definire gli "ordinamenti interni a base democratica", che dovevano essere sanciti dagli statuti, concorreva con la rinuncia a definire il "metodo democratico" per determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.) e con la difficoltà di informare l'ordinamento delle Forze armate allo "spirito democratico della Repubblica" (art. 52 Cost.).

La scelta di praticare un pluralismo politico radicale, con partiti che contrapponevano visioni incompatibili della democrazia, impediva di estendere le definizioni di democraticità oltre il limite delle competizioni elettorali ufficiali e alimentava un clima di sospetto reciproco.

La stessa riconduzione del pluralismo degli interessi ad un pluripartitismo asimmetrico, costituito da partiti di massa interclassisti (come la DC), partiti di massa tendenzialmente classisti (come il PCI), partiti di *élite* sostanzialmente lobbisti (come PRI e PLI) era una forzatura del quadro costituzionale in uno schema fortemente parlamentarista (e in larga misura riproduttivo del modello dello Stato liberale).

4. *L'esempio della contrattazione collettiva e la giuridicizzazione secondo schemi tradizionali dei poteri normativi delle organizzazioni sindacali*

In questo contesto, le letture dei giuristi più attenti alle esigenze di una società di massa, alle crescenti tensioni del mondo del lavoro, all'insufficienza delle concezioni individualistiche del diritto, del contratto, dello Stato, produssero un'interpretazione della norma dell'art. 36 Cost. capace di estendere,

quantomeno, gli effetti economici dei contratti collettivi di “diritto comune”, anche nei confronti dei non iscritti alle organizzazioni stipulanti.

La forza normativa del principio di socialità e di tutela della dignità del lavoratore e delle sue relazioni riuscì a superare la resistenza dei partiti (e degli stessi sindacati) rispetto alla possibilità di definire la democrazia. L'effetto estensivo non si limitava, come pure si è tentato di fare, alla definizione di processi complessi, anche se artificiosi, di riconduzione alla cultura liberale e individualista degli strumenti contrattuali.

5. Interessi meta-individuali e forme di normazione extra-legislativa

I sistemi di produzione normativa di derivazione extra-legislativa (e più specificatamente sociale) si sono progressivamente sviluppati nel corso degli ultimi decenni. Non si è ancora definito un chiaro quadro di riferimento. Molto probabilmente non sarà facile definirne uno specifico, per la complessa articolazione delle aree alle quali fanno riferimento i diversi tipi di interesse.

L'ampio catalogo dei processi di produzione normativa di origine sociale si articola in una serie di tipologie che possono essere raggruppate in vario modo.

Si può immaginare che un primo quadro possa essere quello delle tipologie sociali ed economiche degli interessi regolati.

Una semplice tipizzazione economico-sociale, tuttavia, non è sufficiente ad esprimere appieno la complessità dei processi evolutivi in corso.

È necessario specificare le diverse modalità delle forme di produzione di norme non legislative e non regolamentari che, comunque, incidono sul piano della regolazione generale.

All'interno delle stesse forme di regolazione, d'altra parte, si dovrà procedere alla distinzione tra forme fondate sulla rappresentanza/rappresentatività degli interessi e quelle fondate sulla capacità delle istituzioni delegate alla lettura e rappresentazione degli interessi.

In particolare, si dovrà differenziare fra:

- forme di regolazione che sono diretta emanazione di organismi esponenziali/rappresentativi (codici deontologici degli ordini professionali, criteri e direttive delle società scientifiche, ordinamento sportivo);
- forme di regolazione che sono espressione di rapporti pattizi fra organismi esponenziali/rappresentativi di interessi contrapposti (contratti collettivi, codici di regolamentazione dell'attività sindacale, ecc.);
- forme di regolazione che sono emanazione di organismi/autorità indipendenti, delegati alla produzione di norme e/o alla formulazione di criteri di

autodisciplina dei propri poteri di controllo su terzi e che producono effetti “di riflesso”, a loro volta distinguibili in:

- poteri esercitati in forma indipendente, sulla base di conoscenze tecnico/scientifiche (giuridiche, economiche o, più spesso, tecnologiche) come per la maggior parte delle Autorità indipendenti;
- poteri esercitati in forma coordinata con organismi esponenziali degli interessi, per l’acquisizione di conoscenze specifiche (come nel caso della Banca d’Italia).

La composizione dei vari procedimenti di legittimazione delle norme e, probabilmente, ancor prima la determinazione dell’efficacia di ciascuno di loro costituiscono un quadro particolarmente utile per riflettere sui sistemi che vengono definiti di *soft-law*¹.

La definizione, che richiama la “debolezza” o la “mitezza” del diritto, esprime la difficoltà di immaginare un diritto-legificato e rigidamente formalizzato come strumento per la regolazione di sistemi complessi.

La complessità è conseguenza della molteplicità degli interessi che richiedono formalizzazione e tutela. Essa è anche conseguenza della difficoltà di accogliere all’interno di un unico sistema legislativo la concorrenzialità degli interessi che richiedono mediazione e composizione.

Si rende necessario un sistema molto più attento alle regole sostanziali dei rapporti materiali e, per questa stessa ragione, molto meno facilmente inquadrabile nella logica lineare e semplificata delle codificazioni liberali.

La legge incontra sempre maggiori difficoltà ad essere contenitore esclusivo della domanda di diritto che viene dalla società e, contestualmente, i poteri statuali sono sempre meno capaci a mediare i conflitti con gli strumenti legislativi e giudiziari.

La dissoluzione degli ambiti pre-giuridici di risoluzione dei conflitti (come quelli religiosi, amicali, autoritari, tradizionali) perseguita dal diritto dello stato liberale ha fatto emergere in tutta la loro crudezza gli interessi contrapposti e l’esigenza di giustizia sostanziale.

Il risultato è rappresentato dalla difficoltà di ricondurre alla logica del sistema legge-sentenza tutte le problematiche connesse agli interessi e dalla contestuale ricerca di metodi di regolazione più flessibili e attenti alle esigenze specifiche.

Emerge, di conseguenza, un crescente numero di tecniche di regolazione e di corrispondenti tecniche di risoluzione dei conflitti.

In prospettiva si può cogliere un processo di revisione del rapporto fra

¹ Cfr. ANNA MARIA POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario* <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200510/poggi.html>.

forme di rappresentanza degli interessi e forme di regolazione/risoluzione dei conflitti che tende a limitare il ruolo della legge e dei parlamenti a favore della regolazione sociale.

Gli stessi tentativi di semplificazione della rappresentanza e di recupero dell'efficienza dei procedimenti legislativi non costituiscono risposta adeguata al problema. Neppure la forzosa riduzione delle espressioni parlamentari riesce a rispondere alla complessità degli interessi emergenti. Non si può fare a meno di segnalare, infatti, che grandi aree di conflittualità sono ormai fuori dalla capacità regolativa dei parlamenti e tendono a costituirsi come ordinamenti separati.

In questa ottica, si può tentare di inquadrare in una cornice unitaria esperienze apparentemente assai diverse e, tendenzialmente, unificate da una profonda esigenza di affermazione del diritto al di là delle possibilità offerte dalla legge e dal Parlamento.

L'esperienza della contrattazione collettiva in campo lavoristico aveva già limitato la portata del principio di non efficacia del contratto nei confronti di terzi. Ben presto, si registrarono nuove rilevanti ipotesi di ultrattività di rapporti di diritto privato rispetto a destinatari diversi dagli stipulanti.

5.1. La tutela dei consumatori

La materia della tutela dei consumatori presenta esempi significativi di condizionamento del mercato e di efficacia degli accordi oltre le parti, sia come tecnica di definizione dei contenuti delle clausole contrattuali da parte del professionista, sia come tecnica giudiziaria di definizione (preventiva) della giustizia delle clausole.

Nella sistematica del codice civile del 1942 erano già stati avanzati tentativi di regolazione eteronoma dei contratti. Il combinato disposto dell'art. 1419, c. 2, e dell'art. 1339 c.c. apriva la strada all'integrazione del contratto sulla base di disposizioni di legge o di norme corporative.

Si trattava di prime ipotesi di regolazione sociale (corporativa) dei rapporti tra privati che sarebbero state ricondotte alla mera logica pubblico/privato dopo l'avvento della Costituzione².

A partire dalla fine degli anni '60³, veniva maturando la consapevolezza che la diffusione dei contratti di massa (intuita dal legislatore del codice civile con gli artt. 1341 e 1342) poneva nuovi problemi alla teoria del negozio e fa-

² Valga per tutti la polemica Stolfi (1947) – Betti (1994) sull'ortopedia del contratto.

³ Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania: 17-18 maggio 1969.

ceva emergere il carattere meta-individuale dei rapporti fra consumatori e produttori.

Sarebbero passati ancora molti anni prima di arrivare al Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 *“Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229”* e, segnatamente, agli artt. 33 e ss.; artt. 136 e ss., che garantiscono spazi di specifica rilevanza (contrattuale e processuale) alle autonomie collettive di tutela dei consumatori.

5.2. *La tutela ambientale*

Altra tipologia di interessi meta-individuali che è emersa nell’ambito dei sistemi economici e sociali del mondo industriale avanzato è quella connessa con le problematiche dell’ambiente.

La tutela ambientale è stata oggetto di complesse controversie che hanno segnato l’affermazione della legittimazione processuale di organizzazioni che non erano titolari dirette degli interessi in gioco.

Il riconoscimento della legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste ha allargato la rilevanza dell’attività privata oltre l’area degli accordi associativi ed ha sviluppato le funzioni dell’esponenzialità come ulteriore capacità di produrre effetti nei confronti di terzi.

Ancora una volta e per altro verso, le esigenze sociali hanno infranto i limiti della concettualizzazione pubblico/privato, generale/individuale e hanno imposto modifiche profonde delle concezioni della titolarità dei beni, ripristinato il senso delle appartenenze comuni e non esclusive, riaffermato la necessità di riconoscere l’esistenza di interessi insuscettibili di appartenenza individuale (anche se fosse quella statale).

Su questo terreno, l’autorganizzazione sociale ha espresso una capacità di formazione che si manifesta come capacità di affermare i limiti dei diritti di proprietà, di iniziativa economica privata, di attività economica pubblica.

La Corte di cassazione, Sezione III penale, con Sentenza 22 giugno 2011 n. 25039, a proposito di legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste, ha affermato che, *«anche dopo l’abrogazione delle previsioni di legge che le autorizzavano a proporre, in caso di inerzia degli enti territoriali, le azioni risarcitorie per danno ambientale, lo stesso sono legittimate alla costituzione di parte civile iure proprio nel processo per reati ambientali»*.

Ancora una volta, lo schema concettuale della separazione fra interesse generale/pubblico e privato/interesse individuale è stato superato.

La Cassazione ha puntualizzato che esiste uno specifico interesse tutelato in materia ambientalistica, anche al di là della riconduzione dello stesso allo Stato, disponendo al riguardo: *«l’espressa disposizione dell’art. 311, comma 2,*

del Dlgs 152/2006 che riserva allo Stato la possibilità di costituirsi parte civile in materia di danno ambientale e l'abrogazione delle norme in materia di potere surrogatorio degli enti territoriali da parte delle associazioni ambientaliste, salva la facoltà dell'intervento in giudizio ad adiuvandum, non esclude l'applicabilità delle regole in materia di risarcimento del danno e di costituzione di parte civile»⁴.

5.3. La formalizzazione delle regole di professionalità

La c.d. legge Balduzzi (l. 8 novembre 2012, n. 189) in materia di responsabilità dei professionisti sanitari ha richiamato le “linee guida” predisposte dalle società scientifiche “accreditate”.

Di recente, la legge Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24) ha modificato ulteriormente l'assetto avviato dalla suddetta legge, in relazione alla natura e alla portata normativa delle linee guida elaborate dalle società scientifiche riconosciute.

Nonostante la nuova legge non abbia ancora trovato applicazione, per le gravi difficoltà incontrate in fase di emanazione dei decreti attuativi (in particolare per quanto riguarda il decreto relativo alle procedure di emanazione delle linee guida), si deve segnalare che i principi affermati dal legislatore rivoluzionano le modalità di valutazione della prestazione lavorativa e, dunque, il sistema di responsabilità.

La trasformazione della natura giuridica delle linee guida ha determinato, quindi, un nuovo sistema di fonti del diritto, connotato da un regime di vincolatività, anche se strutturalmente diverso da quello di altre fonti.

La legge Balduzzi aveva introdotto un principio di esenzione dalla responsabilità penale per colpa lieve per effetto dell'osservanza di linee guida genericamente prodotte da società scientifiche (non meglio) accreditate. Tuttavia, la struttura della norma lasciava ampio spazio all'esercizio dell'autonomia del professionista nella scelta relativa allo standard di esercizio delle cure e, soprattutto, uno spazio ulteriore all'autonomia collettiva dei professionisti nell'elaborazione degli stessi standard.

In un contesto come quello delineato, era evidente che le linee guida fossero destinate ad essere considerate poco più che “indicazioni di scuola”, con scarse ricadute sull'esercizio dell'attività professionale e ancor meno nell'ambito degli eventuali conflitti conseguenti. Si pensi, a titolo esemplificativo, al regime processuale di utilizzazione delle linee guida, alla necessità della

⁴ Corte di Cassazione Sent. n. 25039 del 22 giugno 2011.

loro allegazione per mancanza di pubblicazione, alla possibilità di valutazione della loro adeguatezza e autorevolezza da parte del giudice.

La legge Gelli ha innovato profondamente il sistema, introducendo un vero e proprio sistema formalizzato – sottoposto a controllo pubblico – dell'elaborazione delle linee guida e di verifica della loro autorevolezza scientifica.

Al riguardo, per quanto non sia possibile immaginare una funzione prescrittiva delle linee guida, analoga a quella delle tradizionali fonti del diritto, non vi è dubbio che l'adozione del nuovo sistema dovrebbe determinare significativi effetti sul piano della specificazione dei criteri di misurazione della "perizia" del professionista e, dunque, un diverso atteggiarsi delle condotte aventi rilievo disciplinare.

La formalizzazione e la pubblicazione delle linee guida, a loro volta, ne determinano una particolare efficacia sul piano processuale.

La valutazione del giudice non può più estendersi fino alla verifica della scientificità e dell'autorevolezza delle linee guida, ma deve fermarsi alla verifica dell'opportunità e della correttezza delle scelte e delle decisioni di applicazione o di disapplicazione effettuate dal medico nel caso concreto.

Questo nuovo sistema, in corso di evoluzione, solleverebbe l'Autorità Giudiziaria dalla discrezionalità che finora ha contraddistinto i giudizi in materia di responsabilità dei professionisti sanitari per quelle condotte che non sono state ricondotte, fino ad oggi, ad un fonte legislativa o avente una funzione di supplenza dell'intervento legislativo, dunque, para-normativa.

La particolare configurazione del sistema di nascita e diffusione della responsabilità, nel caso di comportamenti dannosi posti in essere dal professionista sanitario, e la distribuzione della stessa responsabilità a vario titolo fra il professionista e la struttura di appartenenza, a sua volta, impone una riflessione sul regime dei rapporti di lavoro e di organizzazione.

La responsabilità della struttura, in particolare, presuppone un'esplicitazione nei confronti dell'utenza delle linee guida adottate al proprio interno per la specificazione contrattuale del rapporto e per gli effetti che ne derivano in materia di definizione del consenso informato.

Allo stesso modo, la scelta delle linee guida può risultare di particolare importanza nella definizione degli accordi contrattuali fra struttura e professionista dipendente (o convenzionato) per formalizzare i poteri di direzione e controllo.

Il professionista sanitario è tenuto all'osservanza delle linee guida e, in caso di pluralità di linee guida, è tenuto all'osservanza di quelle adottate dalla struttura di appartenenza e formalizzate sia nei confronti dell'utenza (specie in ambito di consenso informato) sia nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie in sede di definizione dei metodi e degli obiettivi delle prestazioni.

L'autonomia del professionista risulta significativamente limitata all'individuazione della patologia (o delle patologie concorrenti) del caso concreto e alla scelta di applicazione o di disapplicazione motivate delle linee guida di riferimento.

La limitazione dell'autonomia, di conseguenza, rileva sia sul piano della concreta misurazione della responsabilità per imperizia (ed ovviamente per negligenza nella mancata applicazione coerente delle linee guida adottate) sia sul piano dell'assetto dei poteri di direzione e indirizzo professionale.

Sotto il secondo profilo, in particolare, l'introduzione del sistema delle linee guida secondo il regime definito dalla legge Gelli costituisce un significativo aspetto della tutela della salute e della sicurezza delle cure.

La definizione normativa di percorsi diagnostico-terapeutici formalizzati, infatti, attribuisce alla struttura responsabilità e poteri per il coordinamento scientifico-professionale dei comportamenti degli operatori.

Dalle argomentazioni che precedono, emerge con estrema chiarezza il collegamento sempre più stringente fra rappresentatività delle organizzazioni private e loro abilitazione a proporre le raccomandazioni/linee guida.

5.4. La formalizzazione delle regole di comportamento per autodisciplina delle Autorità indipendenti

Un chiaro quadro concettuale, in ordine al rapporto fra esponenzialità delle organizzazioni portatrici d'interessi, funzione regolativa *extra-ordinem* e poteri delle Autorità indipendenti, emerge dalla complessa elaborazione delle Linee Guida ANAC⁵.

Su di esse, si sono registrati specifici interventi del Consiglio di Stato che hanno precisato la portata normativa della cd. "regolazione flessibile", prevista dalla legge delega per l'emanazione del Codice degli appalti pubblici e, in particolare, si è espresso il *Consiglio di Stato* con deliberazione n.1767/2016 del 02 agosto 2016 *Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016, parere "Autorità nazionale anticorruzione. Linee guida relative a Responsabile Unico del Procedimento – offerta economicamente più vantaggiosa – Servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria"* che richiama espressamente la pronuncia del *Consiglio di Stato Adunanza della Commissione speciale del 4 aprile 2016, parere 855/2016, recante il seguente oggetto: Ministero delle Infrastruttu-*

⁵ Linee Guida sul RUP (Delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016), Linee Guida sul sotto-soglia (Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016), Linee Guida sull'Offerta economicamente più vantaggiosa RUP (Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016), Linee Guida sui servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (Delibera n. 973 del 14 settembre 2016).

re e dei trasporti - Ufficio legislativo. Schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11.

In quest’ultimo parere, testualmente: «Pertanto, appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell’ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’. Tale ricostruzione, consente di chiarire e di risolvere una serie di problemi sul piano applicativo. In primo luogo, essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed erga omnes di tali atti dell’ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. t), che come si è detto parla di “strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”. In secondo luogo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti dell’ANAC tutte le garanzie procedimentali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura ‘non politica’, ma tecnica e amministrativa, di tali organismi, e della esigenza di compensare la maggiore flessibilità del “principio di legalità sostanziale” con un più forte rispetto di criteri di “legalità procedimentale”. Tra queste: l’obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di “consultazione”, che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al decision making process dei soggetti interessati e che ha anche l’ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/ motivazionali rilevanti per la definizione finale dell’intervento regolatorio».

5.5. Lobbies e capacità di rappresentazione degli interessi in sede parlamentare

Il quadro dell’evoluzione dei rapporti di rappresentazione degli interessi da parte di organizzazioni private deve essere completato con il riferimento al sistema delle *lobbies*.

Al di là di qualunque connotazione negativa del termine e del fenomeno, è necessario cogliere l’importanza dei sistemi organizzati di comunicazione degli interessi meta-individuali di gruppo.

Come è stato opportunamente notato, anche in questo caso la riduzione della capacità rappresentativa del Parlamento ha fatto emergere in altre forme l’esigenza di significativa risposta alla complessità, all’articolazione e alla segmentazione degli interessi economici e sociali.

La stessa classificazione degli interessi in individuali, collettivi, generali, viene messa in discussione in presenza di una profonda trasformazione dei canali di espressione e rappresentazione.

Basta rivedere i dati sulle “audizioni” parlamentari in occasione della di-

scussione di importanti provvedimenti di rilevanza professionale, economica, sociale, per rendersi conto dello straordinario incremento dei flussi informativi che si riversano direttamente in sede parlamentare.

La crisi della funzione storica di selezione, mediazione e rappresentazione degli interessi svolta dai partiti apre la strada a forme di dialogo e confronto diretti fra interessi frazionali e parlamento.

Anche in questo caso, una particolare tipologia di interessi meta-individuali, segnatamente quelli che sono condivisi solo da segmenti di intere aree sociali, si presenta sulla scena e rivendica la possibilità di partecipare al “discorso pubblico”.

I tentativi e le proposte di regolazione della partecipazione lobbistica ai vari livelli dei procedimenti di formazione della norma costituiscono la più evidente manifestazione della difficoltà di definire nuovi equilibri fra efficienza dei sistemi istituzionali ed efficacia sociale delle decisioni.

6 Relazioni industriali e neo-istituzionalizzazione della partecipazione ai processi normativi

Sullo sfondo di quelli descritti e di altri processi di giuridicizzazione dei poteri di privati, che producono effetti nei confronti di altri privati che non sono parti di specifici rapporti, si delinea con sempre maggior chiarezza il quadro della capacità nomopoietica della società e, soprattutto, delle organizzazioni che si fanno interpreti e portatrici delle più significative istanze.

In una sorta di processo circolare dell'evoluzione della capacità normativa della società si deve riconoscere che il sistema delle relazioni sindacali ha messo in moto, ancora una volta, un significativo processo di istituzionalizzazione. Con il c.d. Testo Unico sulla Rappresentanza Confindustria - Cgil, Cisl e Uil, sottoscritto il 10 gennaio 2014, in esecuzione dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013, le parti sociali hanno riproposto il problema della capacità di rappresentare i lavoratori e le imprese e di regolare il mercato del lavoro sulla base dell'esercizio di un'autonomia privata normativa che incide significativamente sullo stesso esercizio delle funzioni sindacali e dei rapporti di organizzazione del lavoro, oltre che sulla definizione dei contenuti economici.

Il processo si segnala perché segna un importante punto di svolta del modello delle relazioni sindacali e, forse, del modello generale di definizione della rappresentatività.

Ferme restando le specificità proprie del contesto sindacale, si deve constatare che la regolazione della rappresentatività sindacale scaturisce da una

fonte pattizia e non legislativa. Parti pubbliche (come l'INPS) sono chiamate a svolgere funzioni certificative e di supporto rispetto all'esercizio di funzioni istituzionali che restano nella piena disponibilità delle parti.

Le parti contraenti dell'accordo esprimono una capacità regolativa che investe ciascuna delle categorie di riferimento sulla base della misurazione della consistenza delle organizzazioni stipulanti sotto più profili:

- sotto il profilo della consistenza interna di ciascuna organizzazione;
- sotto il profilo della misura reciproca e proporzionale della consistenza di ciascuna organizzazione nel rapporto con le altre organizzazioni che costituiscono la "parte rappresentata";
- sotto il profilo della legittimazione sostanziale (e formale) alla trattativa con la "controparte rappresentata".

Esso costituisce, al di là della rilevanza di settore, un significativo prototipo di misurazione della rappresentatività dopo un lungo periodo di incertezza per l'oscillazione fra vari possibili criteri.

Altro profilo, meritevole di essere richiamato, è certamente quello relativo alle trasformazioni dei meccanismi di giustiziabilità degli interessi. A tal proposito, è doveroso sottolineare come le novità che emergono sul piano della produzione sociale di norme costituiscono solo una faccia della più complessa articolazione della questione del rapporto fra diritto e società.

Sono, ormai, ampiamente riscontrabili i segni di un avanzato processo di trasformazione dei sistemi di produzione normativa e, corrispondentemente, dei sistemi giustiziali.

Riferimenti bibliografici

- SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, prolusione pisana del 1909.
 IRENE STOLZI, *L'ordine corporativo: poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, 2007.
 MAURICE HARIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Giuffrè, 1967
 DUGUIT LEONE, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Sansoni, 1950.
 SABINO CASSESE, *Massimo Severo Giannini*, in Treccani, 2012.
 NICOLA CIARLETTA, *Cesarini Sforza Widar*, in Treccani, 1961.
 EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994.
 GIUSEPPE STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

Finito di stampare presso la *Grafica Elettronica* (Na)
nel mese di settembre 2018

